



UNIVERSITÀ DI ROMA “LA SAPIENZA”  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN “AUTONOMIA PRIVATA, IMPRESA, LAVORO  
E TUTELA DEI DIRITTI NELLA PROSPETTIVA  
EUROPEA ED INTERNAZIONALE”

CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE  
XXXII CICLO

## LA PERDITA DI *CHANCE* NEL PROCESSO

*Dottorando*

Sara Barone

*Supervisor*

Chiar.mo Prof.

Claudio Consolo



<i>Introduzione</i> .....	- 1 -
<b>Capitolo I – La Recherche (di modelli) della chance perduta</b> .....	- 4 -
<b>1. La perdita di chance come tecnica di liquidazione (equitativa) del danno</b> .....	- 4 -
1.1. (segue) la concezione della perdita di chance come tecnica di liquidazione del danno non ci pare adatta a tutte le fattispecie risarcitorie in cui può emergere un pregiudizio da chance perduta.....	- 7 -
1.2. (segue) in ogni caso persino la considerazione della chance perduta come criterio di liquidazione del danno non riesce ad evitare la necessità di individuare la chance come “entità”.....	- 10 -
<b>2. La perdita di chance come regola di causalità e le sue traduzioni (complementari piuttosto che antagoniste) nelle teorie ontologica ed eziologica</b> .....	- 11 -
2.1. (segue) l’operatività della regola di causalità alternativa “ridotta” al di là dei modelli di chance ontologica ed eziologica, anche eventualmente come strumento di mitigazione del principio “all or nothing”.....	- 14 -
2.2. (segue) il risarcimento del danno da perdita di chance non è una tecnica di proporzionamento della responsabilità.....	- 17 -
2.3. L’approccio causale come punto di intersezione fra teoria ontologica ed eziologica. ...	- 19 -
<b>3. Le elaborazioni della giurisprudenza di legittimità</b> .....	- 23 -
3.1. La non facile convivenza tra la chance come bene oggetto di tutela e la chance quale “edulcorante” dei principi causali.....	- 25 -
<b>4. Una panoramica sui successivi arresti della Corte di Cassazione (sulle diverse fattispecie risarcitorie in cui è invocata la perdita di chance)</b> .....	- 28 -
<b>5. Il ruolo della perdita di chance nelle controversie relative alla responsabilità del professionista (e in special modo dell’avvocato)</b> .....	- 31 -
5.1. (segue) l’ardua prova del danno subito dal cliente a causa della negligenza dell’avvocato.....	- 35 -
5.2. (segue) si devono distinguere le chances perse di vittoria della lite da quelle correlate alla pendenza del giudizio, ma che prescindono dall’esito finale dello stesso. -	37 -
5.3. (segue) in ogni caso la chance (di risultare vittoriosi o di avvantaggiarsi della pendenza della lite) non è una situazione giuridica soggettiva autonomamente tutelabile.-	39 -
5.4. (segue) la chance viene in rilievo, nel primo caso, come criterio per verificare la sussistenza effettiva del danno e, nel secondo caso, come conseguenza risarcibile del danno.....	- 40 -
5.5. L’orientamento della giurisprudenza di legittimità in merito alla prova del danno cagionato dall’avvocato negligente.....	- 43 -
5.6. Qualche osservazione conclusiva sul rilievo della perdita di chance nelle azioni aventi ad oggetto la responsabilità dell’avvocato.....	- 46 -
<b>6. La Cassazione torna a ragionare in termini di causalità “da chance perduta” (ma corregge il tiro rispetto a Cass. n. 21619 del 2007) in una peculiare vicenda di perdita della chance di svolgimento di un processo non illegittimo</b> .....	- 48 -

<b>7. La più recente stagione giurisprudenziale del danno da perdita di chance e gli approdi di Cass. n. 5641 del 2018.</b> .....	<b>- 54 -</b>
7.1. (segue) la tesi della chance quale entità ontologicamente distinta tanto sul piano economico quanto su quello giuridico sembra predominante nelle ultime sentenze della S.C., ma non pochi dubbi permangono.....	- 57 -
7.2. Le nostre riflessioni a margine dell'ultimo significativo arresto della giurisprudenza di legittimità sulla perdita di chance (medica).....	- 58 -
7.3. (segue) la distinzione tra chance patrimoniale e non patrimoniale.....	- 59 -
7.4. (segue) la perdita di chance non giustifica una riduzione della soglia necessaria a provare la relazione di causalità e non si può spiegare né nei termini della teoria eziologica né secondo quelli della opposta teoria ontologica. ....	- 61 -
<b>8. L'esigenza di radicare la chance in una situazione giuridica soggettiva: lo "stratagemma" del diritto all'integrità del patrimonio e le pronunce della sezione lavoro sulla perdita di chance.</b> .....	<b>- 64 -</b>
8.1. (segue) la necessità di inquadrare la chance tra le situazioni giuridiche soggettive nasceva dall'esigenza di rispettare la clausola di ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c.. - 68 -	-
8.2. Le più recenti sentenze sul danno da perdita di chance in materia giuslavoristica.. - 69 -	-
8.3. Le azioni a difesa dell'aspirante lavoratore la cui chance di successo sia stata sacrificata.....	- 72 -
<b>9. Sulla possibilità di qualificare la chance come situazione giuridica soggettiva (atipica).</b> ....	<b>74 -</b>
9.1. (segue) il riconoscimento in astratto della chance come situazione giuridica attraverso meccanismi di tipizzazione "indiretta" e il giudizio di meritevolezza in concreto.....	- 76 -
9.2. Come la riforma della responsabilità sanitaria potrebbe incidere sulle questioni legate al danno da perdita di chance. ....	- 81 -
9.3. (segue) la positivizzazione del diritto di autodeterminazione evita in taluni casi di ricorrere alla perdita di chance.....	- 84 -
9.4. (segue) la lesione del diritto di autodeterminazione non copre tutte le possibili ipotesi di perdita di chance in relazione al rapporto sanitario di cura. ....	- 86 -
<b>10. La chance come aspettativa: una identificazione da respingere.</b> .....	<b>- 89 -</b>
<b>11. Il rapporto tra chance e interesse legittimo: il dibattito giurisprudenziale.</b> .....	<b>- 92 -</b>
11.1. L'apporto dottrinale al dibattito sulla configurabilità della chance come bene della vita sotteso all'interesse legittimo (pretensivo) nel caso di incertezza su quale sarebbe stato il contenuto del provvedimento amministrativo.....	- 94 -
11.2. (segue) non bisogna cadere nell'equivoco di identificare la chance nell'interesse legittimo.....	- 97 -
11.3. La lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente a giustificare il risarcimento del danno subito dal privato, che può essere riconosciuto solo in ragione del pregiudizio arrecato ad un interesse tutelato. ....	- 101 -
11.4. Il rapporto tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno da perdita di chance.....	- 102 -
<b>12. Uno sguardo alla perdita di chance nell'ordinamento inglese.</b> .....	<b>- 106 -</b>

- 12.1. I giudici inglesi trattano la perdita di chance come un problema di causalità (anche talvolta nell'intento di dare spazio a forme di risarcimento proporzionale del danno) e non sembrano porsi la questione della chance come situazione giuridica. .... - 109 -
- 12.2. Le riflessioni sulla perdita di chance negli Stati Uniti, tra le decisioni delle Corti e le proposte legislative emerse in alcuni Stati. .... - 114 -

**Capitolo II – La perdita di chance nella dinamica del processo civile. Il diritto risarcitorio e la sua prova. .... - 119 -**

- 1. Una premessa... .... - 119 -**
- 1.1. ... che parte dall'osservazione del “disegno riformatore” dello statuto del danno non patrimoniale da parte del giudice di legittimità e che aiuta a comprendere la tendenza a “scorporare” il danno al fine di “isolare” i pregiudizi al suo interno distinguibili... - 121 -
- 2. L'insieme dei fatti costituenti la chance come oggetto della tutela giurisdizionale di mero accertamento (qualora si rifiutasse tout court l'idea della chance come situazione giuridica). .... - 125 -**
- 3. Sulla unicità del diritto risarcitorio in generale: l'individuazione dei fatti costitutivi della domanda di risarcimento del danno..... - 133 -**
- 3.1. (segue) sulle ragioni per cui la perdita di chance fonda un autonomo diritto di credito risarcitorio (quando la chance si riferisce ad un interesse suscettibile di autonoma considerazione e nonostante la derivazione dalla medesima e unitaria vicenda sostanziale). .... - 135 -
- 3.2. Sulla proposizione della domanda di risarcimento del danno da perdita di chance in relazione al dibattito sul frazionamento del credito..... - 138 -
- 3.3. (segue) un recente arresto della S.C. in punto di frazionabilità del credito risarcitorio (che ribadisce l'unicità del credito nascente dalla medesima vicenda sostanziale). .... - 142 -
- 4. Sull'allegazione dei fatti “costitutivi” della chance quali fatti secondari. .... - 145 -**
- 4.1. Il funzionamento della prova presuntiva della perdita di chance. .... - 150 -
- 4.2. La prova dei fatti secondari costitutivi della chance e il principio di non contestazione. .... - 156 -

**Capitolo III – La domanda di risarcimento del danno da perdita di chance in un processo eventualmente cumulato ..... - 163 -**

- 1. Il rapporto tra diritto risarcitorio “principale” e diritto al risarcimento del danno da perdita di chance: sono diritti concorrenti? ..... - 163 -**
- 1.1. (segue) la possibilità del cumulo alternativo. .... - 170 -
- 2. Sulla configurabilità di un cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno “principale” alla salute e quella di risarcimento del danno da perdita di chance. .... - 174 -**
- 2.1. 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 stata assorbita..... - 181 -
- 3. La possibilità del cumulo sopravvenuto (subordinato o necessariamente alternativo?): la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance come domanda “complanare”. .... - 185 -**
- 3.1. (segue) la compatibilità del cumulo subordinato (anche eventualmente sopravvenuto per complanarietà) con il rito sommario di cognizione, che oggi è sede elettiva delle liti sanitarie..... - 194 -
- 4. Lo svolgimento della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi della legge Bianco-Gelli nel caso di cumulo condizionale. .... - 199 -**

5. Qualche riflessione conclusiva di sintesi e di raccordo tra diritto sostanziale e processuale.....	- 206 -
<i>Bibliografia essenziale</i> .....	- 211 -

## INTRODUZIONE

Apprendere che, nel suo *A Treatise on Probability*, J.M. Keynes avesse ragionato intorno al significato di *chance*, accostandone l'idea al concetto di *randomness*, non ci sorprende affatto. Quando il filosofo ed economista scriveva che «*the natural interpretation of "chance" is subjective*» intendeva la *chance* come «*measure of our ignorance*»<sup>1</sup>.

La *chance* viene presentata come un rapporto tra fatti o dati, ma radicata nella dimensione squisitamente soggettiva (ci azzarderemmo a dire, una dimensione soggettiva dell'intuizione<sup>2</sup>). Intesa in senso oggettivante – per cui l'acquisizione di maggiori informazioni le attribuisca una consistenza apprezzabile anche al di là della conoscenza individuale – può dirsi esistente una relazione di *chance* tra due fatti o eventi fin tanto che questi restino indipendenti l'uno dall'altro. In altre parole, quanto più si approfondisce il livello di conoscenza di un certo dato di partenza – in modo da accrescere la prevedibilità degli effetti che ne possano ragionevolmente discendere – tanto più si riduce l'incidenza della *chance* o, meglio, si passa da una *chance* in senso propriamente soggettivo ad una *chance* oggettiva e da questa, ancora, alla causalità.

Una volta approdati nel campo della relazione causa-effetto, via via che questa si fa più certa, parrebbe di intendere che non residui alcuna possibilità di invocare la *chance*. Ciò equivale a dire che la *chance* esiste solo nelle relazioni incerte tra eventi non interdipendenti, in quanto non causalmente collegati da una «*law of connection*»<sup>3</sup>.

Ci sembra inevitabile leggere, nelle riflessioni keynesiane, l'intento di costruire la *chance* come nesso alternativo a quello causale, quale vera e propria relazione di *casualità* (*randomness*

<sup>1</sup> Così J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, Londra, 1921, spec. 328 ss., secondo cui: «*two events may be said to have a chance connection, in the subjective sense, when knowledge of the first is irrelevant to our expectation of the second, and produces no additional presumption for or against it; when, that is to say, the probabilities of the propositions asserting them are independent*». Ne ricaviamo che ci troviamo nella dimensione della *chance* là dove la condizione di conoscenza di un dato elemento non influisca, positivamente o negativamente, sulla aspettativa di realizzazione di un altro elemento. Leggendo le pagine di C. GINI, *Questioni fondamentali di probabilità e statistica*, vol. I, Roma, 1968, 7 ss., troviamo conferma di quel legame tra probabilità e «ignoranza» o «insufficienza della nostra mente»: «l'insufficiente della nostra mente non è un presupposto necessario del concetto di possibilità come sostennero gli antichi cultori della teoria delle probabilità, Giacomo Bernoulli, Laplace, e altri, e come, tra i moderni, ritengono von Kries, Stumpf, Poincaré. Essa però ne allarga enormemente la spesa, estendendola al di là dei fenomeni generici, ai fenomeni individuali». In realtà secondo Gini non è corretto sostenere che se un fenomeno dipende dal caso, ciò implichi negare che esso sia sottoposto alla legge di causalità, poiché, invero, «tutti gli avvenimenti sono soggetti alla legge di causalità [...] il caso non serve che a velare officiosamente la nostra ignoranza sulla causalità dei fenomeni» (20 ss.).

<sup>2</sup> Le intuizioni sensibili come mezzo di conoscenza immediata degli oggetti, le quali vengono pensate dall'intelletto per formare i concetti: ci sia perdonata la citazione, da profani, di I. KANT, *La critica della ragion pura*, parte I "Estetica trascendentale", ed. (a cura di) P. Chiodi, Torino, 1967, spec. 97: «l'azione di un oggetto sulla capacità rappresentativa, in quanto noi ne siamo affetti, è sensazione. Quella intuizione che si riferisce all'oggetto mediante la sensazione, dicesi empirica. L'oggetto indeterminato di una intuizione empirica si dice fenomeno».

<sup>3</sup> Cfr. J.M. KEYNES, *op. ult. cit.*, 329: «*when we attribute a coincidence to objective chance, we mean not only that we do not actually know a law of connection, but, speaking roughly, that there is no law of connection to be known*». E ancora, significativamente, 330: «*a connection is not due to chance, therefore, if a knowledge of the permanent facts of existence could lead to their prediction*».

appunto, da intendersi come a-causalità). Allora, se la *chance*, intesa nel senso soggettivo preferito da Keynes, esclude il nesso di causalità tra due proposizioni  $x$  (dato di partenza) e  $y$  (dato futuro), essa non può fondarsi sul calcolo della probabilità dei casi favorevoli di realizzazione dell'evento  $y$  rispetto a tutti i casi possibili  $n$  (sempre che, a partire dall'elemento  $x$ , tutti i casi favorevoli siano ugualmente possibili<sup>4</sup>). Posto che la relazione probabilistica costituisce la misura del nesso causale tra due eventi e se il riconoscimento di una *chance* esclude quel nesso causale, allora non vi è una relazione bisognosa di misurazione attraverso il calcolo delle probabilità. Nondimeno, quando un evento può dirsi «*due to objective chances*», la *chance* lascia uno spazio tanto maggiore alla causalità (e al relativo meccanismo probabilistico di calcolo) quanto più si ha una «*addition of further knowledge*» che consenta al singolo di dominare scientemente i possibili esiti ed effetti derivanti dalla propria condizione iniziale.

Ed ecco comparire il legame, a cui accennavamo, tra *chance* e *randomness* e così, in definitiva, tra *chance* e incertezza. L'idea che la verifica di un evento sia affidata all'arbitrarietà del caso è legata, in qualche modo, al concetto di probabilità (da intendersi sempre in chiave soggettiva, secondo Keynes<sup>5</sup>), nel senso che – in talune circostanze – la probabilità che, all'interno di una classe di elementi, ne venga selezionato uno in luogo di tutti gli altri, può dipendere da una decisione «*taken at random*».

\* \* \*

Queste brevi note sui concetti di probabilità e causalità, tanto a fondo analizzati da filosofi e matematici, vogliono solo dare l'idea della complessità dei temi legati al danno da perdita di *chance*, che ci apprestiamo a discutere dal punto di vista giuridico.

La scansione della trattazione in due capitoli testimonia la scelta di dare conto della figura della *chance* – a carattere trasversale, di matrice giurisprudenziale e di ispirazione francese – innanzitutto dalla prospettiva del diritto civile sostanziale. L'intento è quello di adoperare i classici strumenti e istituti della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ai fini dell'inquadramento di quello che oggi viene comunemente trattato dalla giurisprudenza come un tipo autonomo di danno risarcibile – che, a seconda del contesto, può venire in rilievo sia come danno patrimoniale che non patrimoniale – ma che pone molti interrogativi (forse irrisolvibili), specialmente nel rapporto con il nesso di causalità e in punto di

<sup>4</sup> Secondo la definizione di P. S. LAPLACE, *Saggio sulle probabilità*, 1814, nella traduzione di S. Oliva, Bari, 1951, 50 ss., la probabilità è «il rapporto del numero dei casi favorevoli a quello di tutti i casi possibili»; tuttavia, se questi ultimi non sono a loro volta tutti ugualmente possibili, «si determineranno prima le loro possibilità [...] Allora la probabilità sarà la somma delle possibilità di ciascun caso favorevole». «Eccoci dunque condotti a definire il probabile col probabile», denunciava un secolo dopo H. POINCARÉ, *Calcul des probabilités*, nella traduzione di F. Albergamo, Firenze, 1950, 176 ss., domandandosi provocatoriamente: «come sapremo che due casi sono egualmente probabili? Sarà per una convenzione?».

<sup>5</sup> Così J.M. KEYNES, *op. cit.*, 328-329: «*if, however complete our knowledge of certain kinds of things might be, there would still exist independence between the propositions, the conjunction of which we are investigating, then we may say there is an objective sense in which the actual conjunction of these propositions is due to chance*».

<sup>6</sup> Come riportato da D. COSTANTINI, U. GARIBALDI e M.A. PENCO, *Lezioni di statistica. Introduzione ai fondamenti logici delle inferenze statistiche*, Torino, 1992, 10 ss., proprio i continuatori dell'opera di Laplace, come Poisson e Cournot, introdussero una distinzione tra la nozione di probabilità oggettiva «come relativa allo stato del mondo» e un'altra soggettiva «come relativa allo stato di conoscenza del soggetto».



individuazione della *chance* come situazione giuridica soggettiva suscettibile di tutela. Cercheremo di evidenziare come, in talune ipotesi, la perdita di *chance* come danno a sé stante venga invocata impropriamente e noteremo sin dalle prime battute come la soluzione non potrà essere univoca e indistintamente applicata a tutte le fattispecie risarcitorie in cui, a vario titolo, si è parlato di occasione perduta; né si potrà pensare di cercare risposte decisive nell'adesione monolitica alla teoria ontologica o a quella eziologica. Talvolta sarà sufficiente prendere atto dell'equivoco ingenerato dalle disfunzioni applicative delle regole che presiedono l'accertamento del nesso di causalità, a cominciare dal tanto declamato principio del "più probabile che no"; equivoco che ha indotto gli interpreti a rifugiarsi nell'idea di risarcire un danno "minore", e cioè anche quantitativamente ridotto, a fronte della insanabile incertezza sul collegamento causale tra l'evento di danno e la condotta illecita.

La seconda parte sarà dedicata all'analisi della *chance* all'interno del processo e dunque alla struttura della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*. Partiremo dal presupposto che, con riguardo ad alcune fattispecie risarcitorie – in particolare, secondo noi, quelle fondate sull'illecito occorso nello svolgimento del rapporto di cure sanitarie –, esiste effettivamente una situazione giuridica tutelabile, suscettibile di essere dedotta in giudizio ad oggetto di una autonoma domanda giudiziale. Analizzeremo il rapporto tra il credito risarcitorio "principale" e quello da perdita di *chance* e il modo in cui questo rapporto si riflette sulla proposizione eventualmente cumulata delle rispettive domande in un unico processo. Ragioneremo sull'allegazione dei fatti costitutivi di una così peculiare domanda di risarcimento e sulla necessità di introdurre alla conoscenza del giudice anche quei fatti *sub-costitutivi* del diritto di credito in quanto *costitutivi* della stessa *chance*, che – quale bene immateriale e appartenente ad una realtà ipotetica del passato in cui la possibilità di risultato si è consumata – rende ancor più ardua la prova del diritto che si assume leso. Cercheremo poi di spendere qualche osservazione di carattere clinico-pratico sulle novità apportate al rito delle liti sanitarie dalla l. n. 24, 8 marzo 2017 di riforma della responsabilità medico-sanitaria.

## CAPITOLO I – LA *RECHERCHE* (DI MODELLI) DELLA *CHANCE* PERDUTA.

### 1. *La perdita di chance come tecnica di liquidazione (equitativa) del danno.*

Il tentativo di assegnare un valore giuridico alla *chance* perduta non può che passare attraverso un'analisi delle funzioni che le vengono attribuite nell'ambito del giudizio di risarcimento del danno e che non sono, secondo noi, esattamente descritte dalla tradizionale dicotomia fra teoria ontologica ed eziologica, su cui pure ci soffermeremo, ma nell'intento di superarne i limiti e al fine di dare conto delle molteplici sfumature caratterizzanti le diverse ipotesi ricostruttive<sup>1</sup>.

Ci auguriamo che dalle pagine che seguiranno emerga che, a nostro avviso, la vera contrapposizione non è (e non è stata fin dal principio) tra *chance* ontologica ed eziologica, i cui contorni non sono mai stati così ben definiti e comunque impermeabili alle contaminazioni reciproche.

Una linea di separazione può essere bensì tracciata fra il modello della *chance* come oggetto di tutela e quello della *chance* come questione squisitamente causale, tenendo presente però che il terreno in cui il risarcimento della *chance* perduta affonda le radici è proprio quello della causalità.

Ora immaginiamo una progressione ascendente che parta dalla considerazione della *chance* come tecnica e regola di decisione ad uso dell'organo giudicante e giunga sino alla massima reificazione della *chance* come bene autonomamente oggetto di tutela, e cominciamo col ragionare sulla *chance* perduta come strumento di “perfezionamento” della decisione che può assumere i contorni di: a) una tecnica di liquidazione (equitativa<sup>2</sup>) del danno; b) una regola causale alternativa e meno rigida rispetto a quella ordinaria.

Dedicheremo specificamente il prossimo paragrafo alla possibilità di adoperare la perdita di *chance* sul piano della causalità. Qui vogliamo condividere le prime riflessioni sull'“argomento” della perdita di *chance*, quando adoperato al momento della liquidazione del *quantum* ossia come strumento di “adeguamento” del risarcimento sulla base della considerazione delle probabilità di profitto venute meno<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nella premessa che tali modelli potranno (o vorrebbero!) assomigliare pallidamente ad “Esercizi di stile” sulla *chance* à la R. Queneau, come il risultato di diverse combinazioni e interazioni degli stessi elementi. Non a caso, nell'*Introduzione* alla traduzione italiana dell'opera dell'autore francese, U. Eco scriveva: «ho letto da qualche parte che Queneau ha concepito l'idea degli *Exercices* ascoltando delle variazioni sinfoniche (e mi domando se egli non avesse anche in mente le variazioni che il Cyrano di Rostand fa sul tema del suo naso» (R. QUENEAU, *Esercizi di stile*, introduzione e traduzione di U. Eco, nuova edizione a cura di S. Bartezzaghi, Torino, 2008, XV).

<sup>2</sup> Cfr. P. G. MONATERI, D. GIANTI e M. BALESTRIERI, *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016, 171, spec. i riferimenti alla giurisprudenza in nota n. 72, sull'applicazione della c.d. tecnica del coefficiente di riduzione, «la quale prevede che in prima battuta si quantifichi astrattamente il vantaggio economico complessivo che si sarebbe conseguito senza l'evento dannoso e che lo si riduca poi percentualmente in funzione delle probabilità percentuali di realizzazione». Secondo gli A. la giurisprudenza utilizza il canone equitativo di cui all'art. 1226 cod. civ. quando la suddetta tecnica «non sia applicabile o non sia sufficiente a parametrare il *quantum* alle caratteristiche dell'illecito considerato».

<sup>3</sup> Tale funzione della *chance* è ben messa in evidenza da P. TRIMARCHI, *La Responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 571-586, il quale condivide la soluzione favorevole al risarcimento delle

Il fatto o 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»<sup>4</sup>. In tal modo, il valore economico<sup>5</sup> della probabilità di realizzare una occasione vantaggiosa può sostanzialmente 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 dunque considerata alla stregua di un'autonoma posizione giuridicamente tutelata, e la relativa perdita non è classificabile quale evento di danno.

E allora la valutazione della occasione perduta andrà fatta rientrare nel giudizio capace di riconoscere il diritto al “giusto” risarcimento del danno, come elemento volto a far conseguire la massima corrispondenza possibile del *quantum* liquidato rispetto all'incidenza effettiva del fatto 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>6</sup>.

In altre parole, la pretesa risarcitoria non ha ad oggetto la lesione data dalla perdita di *chance* (*rectius*: la lesione della *chance* perduta non sorregge il *petitum* immediato e cioè la

occasioni di profitto mancate, notando che se la perdita di un'azione o, in generale, di un qualunque prodotto finanziario è risarcibile per un ammontare corrispondente al suo valore di mercato, non v'è ragione per negare che la lesione di qualsiasi *chance* di profitto, seppure non incorporata in un titolo di credito, sia parimenti risarcibile.

<sup>4</sup> Così P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 574: «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., 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>5</sup> Valore che, secondo P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 580, 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>6</sup> Così P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 576-577. l'A. 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».

richiesta del provvedimento di condanna, proprio perché la *chance* stessa non è il bene della vita ricercato attraverso il *petitum* mediato), bensì la lesione stessa della *chance* viene in rilievo nella fase di liquidazione, quale “criterio di perfezionamento” del *quantum* risarcito<sup>7</sup>.

In qualità di strumento di liquidazione, la *chance* verrà calcolata e valorizzata necessariamente in via equitativa<sup>8</sup>, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. o, per meglio dire, andrà a rappresentare una specificazione della valutazione equitativa<sup>9</sup> dettata da queste ultime norme.

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>10</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 assunta a regola equi-valutativa, nel senso di criterio per la misura dell'equo apprezzamento del giudice.

<sup>7</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>8</sup> La valutazione del giudice è equitativa nel senso che egli dovrà compiere pure «delle previsioni sui danni che potrebbero verosimilmente derivare in futuro come conseguenza dell'inadempimento», secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 47<sup>a</sup> ed. (a cura di) G. Trabucchi, Padova, 2015, 807. Sul carattere necessariamente equitativo della liquidazione del *quantum* risarcitorio da perdita di *chance*, si veda pure la rassegna giurisprudenziale riportata da V. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, Padova, 1999, 748 ss.; v. pure più recentemente C. PETRUZZI, *La valutazione del danno in via equitativa: quando ed entro quali limiti?*, in nota a Cass. sez. III, 8 gennaio 2016, n. 127, in *Danno e Resp.* 11/2016, 1095 ss., la quale parte dal diverso presupposto della *chance* come bene preesistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'illecito.

<sup>9</sup> F. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1942, 53-54, 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*». Sulla distinzione tra equità integrativa e sostitutiva e su come solo quest'ultima ipotesi riguardi propriamente il giudizio di equità ai sensi degli artt. 113 co. 2 e 114 c.p.c., valga per tutti il richiamo a S. ROMANO, voce *Principio di equità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, nonché a G. FINOCCHIARO, voce *Equità (giudizio di)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 2007.

<sup>10</sup> Formula dal seguente significato, secondo A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, *comm. 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*, tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999, 279.

Ancor meglio: “fattore di probabile incidenza sul danno”<sup>11</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>12</sup>.

Come ci 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 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>13</sup>.

*1.1. (segue) la concezione della perdita di chance come tecnica di liquidazione del danno non ci pare adatta a tutte le fattispecie risarcitorie in cui può emergere un pregiudizio da chance perduta.*

Riteniamo che quella appena esposta sia una tesi decisamente ponderata e, in un certo senso, diplomatica, poiché mira ad incardinare la *chance* nell’intricato sistema della responsabilità, tentando di neutralizzarne la portata dirompente per la coerenza

<sup>11</sup> Per dirla con le parole di C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, *comm. sub art. 1226*, Bologna-Roma, 1979, 321 ss., 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 temperare 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» (326-327).

<sup>12</sup> Tornano nuovamente utili le riflessioni di C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, *op. ult. cit.*, *comm. 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 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>13</sup> M. FRANZONI, *comm. sub art. 2056 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, spec. 825, il quale 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».

dell'apparato di norme e principi posti a presidio del diritto al risarcimento del danno e del tradizionale divieto di arricchimento della vittima<sup>14</sup>.

Nell'applicare il modello della *chance* perduta come criterio di “aggiustamento” della liquidazione ad alcune delle fattispecie concrete in cui la perdita di *chance* viene in vario modo richiamata, possiamo apprezzarne più compiutamente i risvolti applicativi.

In particolare, come si avrà modo di approfondire più avanti, lo schema in parola diverge da quello che si proporrà con riferimento a talune ipotesi di risarcimento del danno per responsabilità del professionista e, in specie, dell'avvocato, ove alla base della valutazione prognostica che il giudice deve compiere per accertare se l'impugnazione negligenzemente non proposta avrebbe avuto esito favorevole (gli esempi non mancano: la valutazione di prove non richieste ovvero ancora la redazione della seconda memoria di cui all'art. 183 co. 6 c.p.c. avrebbero potuto modificare il *cursus* degli eventi) vi è proprio il concetto di *chance*.

Infatti, spiegheremo meglio che, a nostro avviso in quei casi, l'invocazione del danno da perdita di *chance* come lesione di una “entità patrimoniale” autonoma non è pertinente, e ci pare, invece, più calzante il richiamo alla *chance* perduta quale tecnica di giudizio sul nesso causale e quindi di accertamento della responsabilità, piuttosto che come tecnica di liquidazione del *quantum*.

Analogamente – ma per ragioni diverse – non riusciamo ad intravedere la possibilità di avvalerci della *chance* come mero parametro di riferimento per la fase di liquidazione nelle fattispecie di responsabilità sanitaria, rispetto alle quali si ragiona in termini di perdita di *chance* di sopravvivenza, mutuando tale pregiudizio direttamente dall'esperienza francese<sup>15</sup>.

<sup>14</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 pronuncia di Cass. SS. UU. n. 16601 del 5 luglio 2017, 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 delibazione 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.

<sup>15</sup> Dalla quale abbiamo, infatti, ereditato il “fardello” della riflessione sul risarcimento del danno da perdita di *chance*, innanzitutto a partire dalle ipotesi di responsabilità sanitaria. Per una 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. Si segnala altresì il ricco contributo di F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 1996, 227 ss., il quale accende i riflettori, sin dalle prime battute, sul problema causale come elemento essenziale di un discorso sulla perdita di *chance*, per definizione “aleatoria”. Perché la condotta illecita si ponga come antecedente causale certo del sacrificio della

A fronte dell'accertata riconducibilità causale della lesione del bene salute alla condotta del medico, non vediamo perché dovrebbe pesare sulla liquidazione del danno pure la valutazione del sacrificio della *chance* di sopravvivere qualche settimana o mese in più, la cui rilevanza viene "assorbita" dal risarcimento del danno biologico<sup>16</sup>.

possibilità di risultato – e ciò è assolutamente necessario, poiché non si può pensare di chiamare in causa la perdita di *chance* solo per far fronte alla irrisolvibile indeterminatezza della relazione eziologica – «l'errore deve essere anteriore al pregiudizio, e, dunque, in questo caso, anteriore alla perdita di *chance*, ma si sarebbe tentati di aggiungere che, affinché si tratti di perdita di *chance*, l'errore deve essere posteriore al fenomeno che ha ridotto la vittima a godere di una semplice *chance*» (233). Probabilmente si potrebbe osservare che nel momento stesso in cui si realizza la condotta illecita la *chance* viene annientata o ridotta, come se vi fosse una assoluta contestualità tra causa e produzione degli effetti. Così se la *chance* pone un problema di incertezza dei nessi causali, secondo Chabas, è sbagliato impostare il rapporto tra perdita della posta principale e perdita della mera *chance* nei termini di una «questione di quantità», poiché si tratta piuttosto di una «questione di sostanza» (236 ss.): concordiamo, in linea di principio, con tale assunto, ma non condividiamo invece la conseguenza che se ne fa derivare sulla totale autonomia del pregiudizio in parola da quello finale rappresentato dal decesso o dall'invalidità del paziente. Non a caso lo stesso C., più avanti (242) ammette che «quando il pregiudizio è la perdita di una *chance* di sopravvivenza, il giudice non può condannare il medico a pagare un risarcimento pari a quello che sarebbe dovuto se avesse realmente causato la morte del malato». Tenteremo di dimostrare come l'affermazione dell'esistenza di un bene autonomo riconducibile alla *chance* non entri necessariamente in conflitto con il riconoscimento di un certo tasso di dipendenza della possibilità di risultato dal risultato stesso. Tra i civilisti italiani, M. FEOLA si è impegnata nello studio del danno da perdita di *chance* in comparazione con l'ordinamento francese (non a caso torneremo a confrontarci con gli scritti dell'A.): qui si segnala il suo contributo *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, reperibile sul web ([http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/feola\\_chance.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/feola_chance.pdf)) nella traduzione italiana della relazione presentata al VI Convegno internazionale di Diritto civile patrimoniale, svoltosi a Lima, dal 21 al 24 maggio 2018. V., in particolare, quanto riportato a pp. 16 e 17 in merito alle origini del dibattito sulla *chance*, compresi i richiami in nota agli Autori francesi; più avanti poi a p. 21 ss., ove l'A. richiama il sostanziale disinteresse della dottrina francese verso il tema, invece assai centrale nel nostro ordinamento, della risarcibilità in via aquiliana della perdita di *chance*, tema trascurato dai vicini d'oltralpe in ragione della nota mancanza del requisito dell'ingiustizia del danno come lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela; e ancora a p. 25 ss., par. 7, in cui vengono enucleati i casi in cui più frequentemente la giurisprudenza francese ha ritenuto di risarcire un danno da perdita di *chance*, all'insegna della vocazione tendenzialmente indennitaria del sistema di responsabilità civile francese che, una volta abbandonata l'impostazione tedesca basata sulla tipicità degli interessi lesi, impone il ristoro del pregiudizio ogni volta che sia cagionata da *faute*, purché la lesione sia certa. Da un certo punto di vista si può ben dire che l'analisi condotta dagli Autori francesi sulle questioni che gravitano intorno al danno da perdita di *chance* sia tutto sommato lineare, se posta a confronto con gli sviluppi che ha avuto in Italia: lì si richiede semplicemente che la *chance* perduta sia «reale» e «seria», nel senso che il giudice dovrà accertare che la condotta colposa sia intervenuta quando il danneggiato era «*en train de courir sa chance*». Infatti, come riassume Feola, «da diversità delle applicazioni pretorili della "perdita di *chance*" non ha impedito di elaborare una "teoria generale" [che la riflessione dei nostri interpreti non è invece riuscita ad elaborare, forse a giusta ragione, data la profonda diversità sussistente tra le varie fattispecie] idonea a comprendere in tale figura la perdita delle possibilità sia "di ottenere un guadagno", sia "di evitare l'aggravamento di uno stato". La riparazione della *chance* perduta riposa su una probabilità e su una certezza: "è verosimile che la *chance* si sarebbe realizzata; è certo che il vantaggio previsto è stato perduto" e che da esso "ne è derivato un danno"». Peraltro la contemplazione del danno da perdita di *chance* come danno autonomo (talvolta, non senza contraddizioni, definito anche come «danno futuro») ha fatto sì che la dottrina francese non si ponesse neppure il problema della classificazione del pregiudizio tra danno emergente e lucro cessante

<sup>16</sup> Infatti, P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 579, 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

Semmai la perdita della *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza potrà giustificare la proposizione di una domanda di risarcimento del danno, la cui fondatezza (e prima ancora la decidibilità nel merito, se immaginiamo di consentire all'attore l'instaurazione di un cumulo condizionale subordinato tra la domanda di risarcimento del danno alla salute e quella avente ad oggetto la lesione della *chance* perduta: v. *infra* nel capitolo dedicato ai corollari nel processo) dipenderà anche, e anzitutto, dal mancato accoglimento della domanda risarcitoria “principale” (che, nelle liti sanitarie, sarà il danno “finale” alla salute).

*1.2. (segue) in ogni caso persino la considerazione della chance perduta come criterio di liquidazione del danno non riesce ad evitare la necessità di individuare la chance come “entità”.*

Ciò detto, siamo convinti che persino un modello ricostruttivo che relega la *chance* a criterio di quantificazione del danno non riesca a sfuggire alla incombente suggestione della *chance* come “entità” e, soprattutto, alla necessità di misurarne con cura la consistenza, tanto che lo stesso autorevole sostenitore della tesi *de qua* riconosce che «un risarcimento si giustifica solo quando la *chance* abbia una misura tale da far ritenere che abbia potuto avere un ruolo effettivo nelle aspettative e nella programmazione di chi ne lamenta la perdita»<sup>17</sup>. Ritroviamo un ulteriore punto critico (o quantomeno inusuale) nel fatto che l'attore dovrebbe stimolare l'applicazione della “tecnica di liquidazione” basata sull'apprezzamento della perdita di *chance*.

Così la domanda di risarcimento del danno dovrà inevitabilmente essere corredata degli argomenti fattuali idonei a giustificare il riferimento al canone della *chance* al momento della monetizzazione del danno. In altre parole, l'attore sarà tenuto a provare, con riferimento al rapporto dedotto in giudizio, la esistenza di una (più o meno concreta; e secondo Trimarchi è bene che risulti più concreta che no) possibilità di guadagno, pregiudicata a causa dell'inadempimento/illecito extracontrattuale.

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” (se proprio si vuole evitare la formalizzazione nella categoria di “bene giuridico”), della cui esistenza si richiede necessariamente 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 della lesione dannosa (similmente, per certi versi, al danno conseguenza).

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». Ciò non toglie che, in conseguenza della lesione della salute, il soggetto danneggiato possa pretendere il risarcimento anche delle *chances* di concludere contratti con soggetti terzi (così a p. 583).

<sup>17</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 579.



Nondimeno, l'indubbio pregio di tale impostazione è apprezzabile se si considera che l'esame, in fase di liquidazione, degli elementi costitutivi della perdita di *chance* emersi in giudizio può garantire una maggiore effettività della funzione ristoratrice del risarcimento, senza comportare il rischio di una duplicazione dello stesso.

Infatti, il giudice potrà decidere di valorizzare gli elementi identificativi del sacrificio della possibilità di profitto, modellando così il *quantum* risarcito (e lo farà anche d'ufficio, non necessariamente su istanza della parte, purché la sua iniziativa non si traduca in una *relevatio ab onere probandi*, a patto, cioè, che l'attore abbia introdotto i fatti al materiale allegato<sup>18</sup>), mantenendo ferma l'unicità del bene tutelato e del relativo danno.

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

Il principale impedimento ad una ricognizione univoca e lineare della *chance* perduta<sup>19</sup> è 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 misura della valutazione del nesso causale tra fatto ed evento<sup>20</sup>.

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>21</sup>.

A nostro modo di vedere, la ricostruzione della perdita di *chance* in chiave causale<sup>22</sup> è la premessa comune tanto alla teoria ontologica quanto a quella eziologica. Mentre la prima,

<sup>18</sup> Torneremo più avanti – *infra* al cap. II, spec. par. 4 – sull'onere di allegazione dei fatti "costitutivi" della *chance* che riteniamo sussistere in capo all'attore.

<sup>19</sup> Su cui v. le trattazioni generali di 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. Si segnala pure L. MASTROROBERTO e A. SERRA, *Il danno da perdita di chances nella responsabilità sanitaria*, Milano, 2019: la recentissima pubblicazione è rivolta in particolare ai medici legali; sono utili, però anche per i giuristi, i casi riportati a p. 95 ss. e le sentenze della terza sezione della S.C. trascritte nella appendice giurisprudenziale a partire da p. 129.

<sup>20</sup> È la giusta osservazione di R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007, 85 ss.: «ferma restando la distinzione concettuale tra probabilità come strumento probatorio o come "interesse" leso, 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>21</sup> R. PUCELLA, *op. ult. cit.*, 90, richiamando il pensiero di P. JOURDAIN, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1991, 110, 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 P.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>22</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 (talvolta) 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

muovendo dalla questione causale (per superarne gli ostacoli) riferisce il nesso ad un bene diverso da quello principale identificabile con il 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, piuttosto che come bene a sé stante. L'esito della impostazione fondata sulla *chance* come strumento proiettato verso il risultato finale è quello di abbassare lo standard di accertamento della relazione causale tra illecito e danno evento/conseguenza.

Tanto la teoria ontologica quanto quella eziologica ricorrono allo stratagemma 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 come) strumentale al conseguimento di un'utilità.

La chiara impressione che ricaviamo da una prima osservazione delle problematiche in campo è che l'interprete – persino quando guidato dalla chiave di lettura ontologica – adopera la *chance* non tanto al fine di colmare una lacuna di tutela di un bene giuridico "trascurato" dall'ordinamento, quanto di rispondere alla esigenza di rimediare alle iniquità provocate dalla applicazione della regola del più probabile che no, pur senza voler manifestare l'ardire di metterla in discussione<sup>23</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

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*, Torino, 2010, in tutto il primo capitolo e spec. 114 ss. per un approfondimento delle teorie sulla causalità negli ordinamenti di *common law*, in cui non di rado la "*more than probable rule*" viene messa in discussione, in quanto in alcuni casi – e cioè quando la prova del nesso causale è particolarmente ardua per il danneggiato-attore in giudizio – la sua applicazione, accompagnata dalla regola "*all or nothing*", può comportare ingiustizie e inefficienze nel funzionamento del sistema di responsabilità civile.

<sup>23</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, concorda con la dottrina francese (il riferimento è a G. VINEY e P. JOURDAIN, *La responsabilité*, cit., spec. 101), nel senso di considerare la *chance* come un «"truchement" per alleggerire a vantaggio dei danneggiati l'onere della prova fra condotta colposa ed evento dannoso». V. anche P. ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.* 5/2016, 1490 ss., la quale, sempre con riferimento a cause di responsabilità medica, rileva come non sia esatto (perlomeno non con riguardo a tutte le fattispecie concrete) sostenere che la *chance* sia un mero *escamotage* volto a superare le incertezze in punto di nesso causale tra errore medico e danno. In particolare, quando la vita del paziente non è in pericolo prima di sottoporsi alle cure mediche, non può parlarsi di lesione della *chance* di sopravvivenza. Ammettere il risarcimento della *chance*, per una via causale alternativa, implicherebbe una inaccettabile duplicazione risarcitoria, per cui il preteso danneggiante, «la cui condotta può dirsi causa della prima lesione entro una certa percentuale di probabilità ritenuta, però, insufficiente ai fini dell'imputazione causale, sarà comunque tenuto al risarcimento della perdita di probabilità che tale lesione non si verificasse». Concretamente, se il paziente non versava in una condizione tale da far temere per la sua sopravvivenza, delle due l'una: o l'azione del medico ha cagionato l'aggravamento della patologia e/o infine la morte oppure no e, in quest'ultima ipotesi, il danneggiato non può appellarsi alla lesione della sua probabilità di sopravvivenza mascherata da soglia di causalità inferiore alla certezza civilistica del più che probabile. Del resto, come ha ormai definitivamente sancito la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. n. 5641/2018, sulla cui analisi ci concentreremo più avanti), la *chance* di sopravvivenza può venire in rilievo, solo là dove lo stato di salute del paziente sia, ancor prima dell'affidamento alle terapie mediche, *incerto*, ossia si innesta su una situazione già di per sé sfavorevole (la patologia), tale per cui non si può immaginare di attribuire al paziente un preesistente *quid* giuridicamente rilevante.

stato in grado di provare che il danno è stato cagionato dall'inadempimento o dall'illecito. Per chi, poi, si rifiuta di cadere nelle maglie della teoria c.d. ontologica, si deve sostenere che quella "possibilità di risultato" non sia un bene appartenente al patrimonio del soggetto, 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.

Ne deriva che la *chance* come causalità alternativa si risolve nella contemplazione della stessa ai soli fini del temperamento della liquidazione di un generico danno che si vuole assicurare al soggetto lesa<sup>24</sup>; liquidazione che, però, non risponde all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria nascente dalla lesione del bene finale (diritto alla integrità della salute; diritto alla promozione o assunzione ecc.).

Se è vero che questa ombrosa figura ha introdotto nel dibattito la possibilità di un'altra rotta per giungere ad acclarare il rapporto di causalità, si deve pure considerare che la c.d. "causalità da perdita di *chance*" – il cui ingresso in scena si deve in particolare all'opera della giurisprudenza di legittimità: v. *infra* al par. 3.1. – è forse coerente con la sola impostazione (definita "eziologica") che concepisce la *chance* in funzione del risultato finale, in quanto si serve della categoria concettuale della possibilità per risolvere le anomalie operative di un sistema fondato sull'applicazione del principio del "più probabile che no".

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 i fatti costitutivi della lesione della semplice possibilità di aggiudicarsi un certo risultato, situazione (giuridicamente irrilevante in questa prospettiva) che costituiva l'antecedente logico pregiudiziale alla realizzazione del vantaggio ormai sfumato<sup>25</sup>.

L'agevolazione probatoria è, invero, solo apparente, se si considera anzitutto che non sarà facile per l'attore provare la consistenza della *chance* di profitto; 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.

Diversamente se si compie il passo di ammettere l'esistenza di una nuova situazione giuridica soggettiva – che, già di per sé, rappresenta un'anticipazione di tutela dal piano del

<sup>24</sup> Con la differenza che, nella impostazione di cui al par. I, la *chance* viene in considerazione solo nella fase di quantificazione del danno; mentre considerare la *chance* alla stregua di un ragionamento atto alla determinazione del nesso causale implica che essa venga in rilievo già nel momento precedente della individuazione delle conseguenze risarcibili e, cioè, quando si valuta il perimetro della causalità giuridica.

<sup>25</sup> 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», secondo F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, XVII ed., 2015, 721; pertanto «l'*an debeatur* 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». Non concorda F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, spec. 184, secondo cui la perdita di *chance* quale bene autonomo in sé considerato (l'A. mostra, dunque, piena adesione alla teoria ontologica) deve essere risarcita in quanto tale, a prescindere dalle probabilità di realizzazione del risultato (che rileveranno in sede di liquidazione) e, dunque, a prescindere da una valutazione sulla serietà, attualità o effettività.

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.

Così, in sintesi, possiamo dire che l’arretramento della soglia probatoria del nesso causale ha costituito il movente della impostazione ontologica, perché ha spinto gli interpreti a concepire una nuova situazione giuridica suscettibile di tutela, che, una volta legittimata, non può più sottrarsi alla regolare operatività dei principi che presiedono la prova del nesso eziologico.

In altre parole, riteniamo che ove si destrutturò il bene giuridico, rendendo “unità minima azionabile in giudizio” (e appositamente qui evochiamo il discorso processuale, riservandoci per il prosieguo le opportune riflessioni) un’entità che altrimenti resterebbe “intermedia” e “strumentale”, la *chance* viene valorizzata sul piano dell’oggetto di tutela (e così del giudizio).

Quando, invece, il bene giuridico considerato resta il risultato finale – che sia la guarigione, un’assunzione o l’aggiudicazione di un appalto – la *chance* non può che essere una situazione strumentale, la cui lesione è intuitivamente ritenuta meno grave, giustificando così applicazioni eterodosse di quelle stesse regole causali<sup>26</sup>.

*2.1. (segue) l’operatività della regola di causalità alternativa “ridotta” al di là dei modelli di chance ontologica ed eziologica, anche eventualmente come strumento di mitigazione del principio “all or nothing”.*

Proviamo a ragionare ancora sulle implicazioni della *chance* in punto di prova del nesso causale. L’*escamotage* della *chance* come regola di causalità alternativa alle asperità probatorie del principio invalso nella dimensione civilistica del “più probabile che no” rappresenta,

<sup>26</sup> Ci pare che il nostro assunto sia contraddetto da una recente pronuncia di Cass. n. 11165 del 9 maggio 2018 (massimata e reperibile nella banca dati *Italgjureweb*, nonché presa in considerazione con qualche condivisibile perplessità da L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e resp.* 3/2019, 349 ss.) in cui la sezione lavoro ha escluso il risarcimento del danno da perdita di *chance* in un caso in cui la prova della probabilità di vittoria del concorso interno si era attestata sulla soglia del 55% circa. Secondo la Corte, il giudice di merito avrebbe ben deciso di non ritenere idoneo a provare il nesso causale il dato statistico ricavabile dal rapporto tra partecipanti al concorso e posti disponibili (che secondo la ricorrente era, invero, l’unico elemento su cui poter fondare una valutazione prognostica, dal momento che i concorrenti si trovavano in condizioni paritarie e la competizione verteva su una prova orale). Anche a voler ammettere il richiamo ad un parametro meramente statistico-quantitativo, in ogni caso la prova del nesso causale nelle fattispecie di danno da perdita di *chance* non può basarsi su una probabilità di poco superiore alla soglia del 50% – com’è, invece, possibile nei casi di danno “certo”, per i quali può normalmente operare la regola del “più probabile che no” –. Così secondo il giudice di legittimità «è in definitiva razionale che, proprio per l’incertezza rispetto alla spettanza dell’utilità in ipotesi menomata, la probabilità di verifica di cui è necessaria la prova si collochi, come da giurisprudenza citata, verso i range più elevati della scala probabilistica» (p. 7). Non solo, dunque, non si predica una riduzione dello standard probatorio, ma addirittura si pretende una probabilità prossima alla certezza del risultato: si deve osservare, però, che lo standard probatorio richiesto non attiene al nesso causale (come pure dichiara la sentenza) ma alla verifica, basata su un giudizio ipotetico rivolto al passato, della probabilità del candidato, in considerazione del suo profilo, di aggiudicarsi la vittoria. Tale conclusione (con le sue visibili incongruenze) si giustifica considerando che proprio la materia giuslavoristica è l’emblema della sintesi “imperfetta”, operata dalla giurisprudenza, tra i presupposti della teoria ontologica e quelli della teoria eziologica; là dove – come vedremo meglio più avanti nel testo – non si nega la consistenza della *chance* come bene di per sé rilevante, ma perché la sua lesione venga risarcita, si richiedono percentuali medio-alte (possibilmente vicine alla certezza) a dimostrazione della elevata probabilità di realizzazione della *chance*.

probabilmente, la soluzione più immediata al problema della qualificazione della *chance*, ma frutto di un equivoco<sup>27</sup>.

È chiaro, infatti, come la creazione di un ulteriore modello per la verifica del nesso causale possa assicurare il risarcimento pure in quei casi limite, in cui la prova del nesso si arresta ad una soglia vicina ma inferiore al fatidico 50% +1, pur evitando di avallare la tesi della *chance* come bene suscettibile di tutela e risarcibilità autonome.

In questo modo, dunque, si riesce ad attribuire un valore economico alla *chance*<sup>28</sup>, considerandola come una quota del danno finale, che viene così proporzionalmente ridimensionato.

Proprio partendo dal presupposto della non univocità della nozione di causalità<sup>29</sup>, si è sostenuto che la inclusione della perdita di *chances* nel perimetro del danno risarcibile

<sup>27</sup> Equivoco in cui per prima sarebbe caduta la giurisprudenza francese. In nota alla sentenza della Cass. francese 17 novembre 1982, in *Dalloz*, 1984, 305, A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1985, 315 ss., evidenziava come 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».

<sup>28</sup> Come, se in un mercato ideale, quella *chance* fosse stata venduta per un certo prezzo: P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 574. Era critico rispetto al risarcimento del danno da *chance* perduta l'autore francese A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, Parigi, 1973, 180, il quale osservava che, così ragionando, in realtà non si risarcisce il valore della *chance* perduta («*courues*»), ma il valore della *chance* venduta e, cioè, messa a frutto, realizzata, insomma tutt'altro che sacrificata.

<sup>29</sup> Il vasto tema della causalità dovrebbe essere oggetto di una trattazione *ad hoc*. Qui deve bastare il richiamo ad alcuni Autori, a cominciare dall'opera di H.L.A. HART e A.M. HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959, *passim*, e spec. nella parte in cui discutevano le “*continental theories*” (381 ss.), distinte principalmente tra “*generalizing theories*” (tra cui la più significativa della “causalità adeguata”) e “*individualizing theories*”, ove solo le prime ponevano un “*general statement*” a fondamento della ricerca della causalità nel caso concreto. «*As their name suggests, the generalizing theories insist that, if a particular act or event is a cause of something, its status as a cause is derived from the fact that it is of a kind believed to be generally connected with an event of some other kind. The individualizing theories themselves divide into two main types: the first of these, “necessity” theories, insist not only that “being a cause” is an intrinsic attribute of particular events, but that if an event is genuinely a cause it necessarily produces its effect because of its own nature [...] the second type of individualizing theory is the “efficiency” theory. This also insists that the relationship between a particular cause and its effect is not derived from their status ad instances of a regularity, but differs from the necessity theory in allowing that events may possess causal efficacy in varying degrees or proportions*»; tra queste due categorie gli A. collocavano la variante della dottrina della «equivalenza delle condizioni», il cui presupposto logico sta nell'ammettere che «*any necessary condition is entitled to be called a cause*». L'Autore italiano che più di tutti si è impegnato nello sforzo di approfondire l'analisi della prova del rapporto causale è stato 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 F. STELLA (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 altro (su cui v. *Il giudice corpuscolariano*, 56 ss.) 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” (Stella si riferisce al giudice penale e al giudizio di causalità del processo penale, che muove dalla condizione necessaria) parte da una legge di copertura che è l'*explanans* da cui dedurre l'*explanandum*, secondo un ragionamento 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 (61). La riflessione scientifica di Stella è stata a dir poco fondamentale per l'elaborazione dello storico principio di diritto della Cass. SS.UU. “Franzese” n. 30328 del 10 luglio-11 settembre 2002. In quell'occasione, tuttavia, la S.C. penale non ha prestato 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.*, 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 abbiano 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 decorsi 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.

A proposito del rapporto tra processo civile e penale in punto di prova del nesso causale, dobbiamo segnalare due recenti pronunce del giudice di legittimità (cfr. Cass. n. 15859 del 12 giugno 2019 e Cass. n. 16916 del 25 giugno 2019, entrambe consultabili nella banca dati *Italgjureweb*), che hanno chiarito come il giudizio civile di rinvio instaurato a seguito della sentenza di cassazione penale con rinvio ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 622 c.p.p., debba essere trattato alla stregua di un vero e proprio giudizio civile, normalmente disciplinato dagli artt. 392 ss. c.p.c., nel quale verranno altresì applicate le regole probatorie tipiche del processo civile e, dunque, in tema di nesso causale tra condotta ed evento di danno, il canone del “più probabile che no”, in luogo di quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica.

È essenziale 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 al concetto di probabilità, nella concezione 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)» (168); 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» (199 ss.). Si segnalano, inoltre, 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. (ci confronteremo più avanti con la tesi sostenuta, fra gli altri, anche da Capecchi del risarcimento proporzionale all'incidenza statistica della condotta del danneggiante); L. NOCCO, *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 209 ss., che pure auspicava l'adozione della teoria della rilevanza delle concause naturali ai fini della quantificazione dell'obbligo risarcitorio (e guardava con favore alla decisione di Cass. n. 975/2009, successivamente smentita nel 2011, che valorizzava l'esigenza di commisurazione dell'obbligo risarcitorio all'effettiva efficienza causale della condotta del danneggiante); M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2012.

consente di ristorare il danno effettivamente cagionato dalla condotta colpevole, anche quando la rigida applicazione del principio “*all or nothing*” condurrebbe alla negazione della pretesa. In questa prospettiva, l'integralità del risarcimento 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, che tende a ripartire proporzionalmente il peso del danno tra la vittima e il danneggiante [...]»<sup>30</sup>.

2.2. (segue) *il risarcimento del danno da perdita di chance non è una tecnica di proporzionamento della responsabilità.*

In realtà non riusciamo a cogliere il senso di tale suggestione: il risarcimento della *chance* perduta è funzionale a compensare il soggetto del pregiudizio subito per aver visto stroncare o ridurre significativamente la sua possibilità di raggiungere un risultato a sé favorevole. Questo risarcimento non riflette il grado di probabilità che il danno sia stato cagionato dal responsabile, ma semmai il grado di probabilità di mettere a frutto la *chance* nell'eventualità in cui non si fosse verificato alcun illecito.

Certo, se si pensa che il riconoscimento della *chance* consente di garantire una tutela risarcitoria là dove, altrimenti, il danneggiato non avrebbe diritto di pretendere alcunché, allora si riesce ad instaurare una connessione *lato sensu* con il tema del risarcimento proporzionale, teso proprio ad evitare la logica del “tutto o niente”<sup>31</sup>.

<sup>30</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 *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.). L'A. – a sua volta richiamando quanto già espresso da V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., 102 – denuncia il risultato paradossale della applicazione del principio dell'integralità del risarcimento: «pare “assurdo” che il convenuto, il quale abbia chiaramente contribuito a provocare un danno, possa essere interamente esonerato, mentre in ipotesi di concorso di responsabilità, ripartendo “l'incidenza causale in un 60% a carico di Tizio e in un 40% a carico di Caio, la responsabilità di quest'ultimo non viene meno per essere il suo contributo inferiore al 50%”. Tuttavia non comprendiamo esattamente in che termini il danno da perdita di *chance* possa essere utile alla causa del risarcimento proporzionale. Secondo l'A. la tesi che considera la *chance* un elemento statistico-probabilistico idoneo a provare, in casi d'incertezza sul rapporto causale, il legame tra la condotta e l'evento “finale” incorre in un'obiezione che trova fondamento nel dogma causale *all-or-nothing*. In sostanza ci pare che il pensiero dell'A. si fondi su una critica alla teoria eziologica, il cui punto debole consiste nella incapacità di abbandonare il riferimento alle probabilità di realizzazione del risultato atteso. In questo senso, la sua opinione – del «risarcimento del danno da perdita di *chances* tramite proporzionamento della responsabilità» – si avvicina alla teoria ontologica, poiché sembra presupporre (anche se non ne troviamo riscontro esplicito) che il risarcimento proporzionale sia giustificato dalla riconoscibilità di un bene *chance* autonomo dal bene principale.

<sup>31</sup> Sarebbe pretenzioso approfondire in questa sede l'importante tema dei limiti del principio “*all or nothing*” – espressione che si usa forse non davvero propriamente come sinonimo della nostra regola della integralità del risarcimento del danno –; ma basti accennare – rinviando, *si vis*, anche a quanto

Nell'ottica del risarcimento proporzionale, si intende negare 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.

Il risarcimento della *chance* perduta realizza, secondo noi, un diverso risultato, poiché non si limita ad “aggiustare” il *quantum* da risarcire proporzionalmente alla quota di responsabilità, né tantomeno mira ad instaurare forme di imputabilità proporzionale, e quindi parziale, della responsabilità; ma – perlomeno nei casi in cui è riconoscibile una *chance-*

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 – che, 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. Quando la pronuncia di Cass. n. 975 del 16 gennaio 2009 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. n. 15991 del 21 luglio 2011 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 commento allo stesso Trib. Terni sopra citato, 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* poteva smussare l'importanza dell'inquadramento teorico della perdita di *chances*, perlomeno nel settore della colpa medica e proprio la patrimonializzazione delle probabilità di sopravvivenza o guarigione (Cass. n. 4400/2004) aveva costituito terreno fertile per l'operazione di ripartizione della responsabilità fra concausa umana e naturale. Si segnala che la decisione di Cass. n. 28986, 11 novembre 2019, 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 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. n. 28990, 11 novembre 2019).



situazione giuridica autonoma – anticipa la tutela, nel senso che fa arretrare la soglia al di sotto della quale un pregiudizio non può essere risarcito.

Tale anticipazione di tutela è ben visibile nella concezione ontologica, che – come già rilevato – parte dalla suggestione della causalità ridotta per compiere il passo verso la definizione di un diverso oggetto di protezione da parte dell'ordinamento consistente appunto nella *chance*.

Non altrettanto può dirsi per la opposta teoria eziologica che acconsente al ristoro della *chance* lesa solo quando si dimostri il suo legame (solitamente secondo elevati standard probabilistici) con il risultato atteso.

Messa da parte la breve parentesi sulla possibilità (secondo noi forzata) di intravedere nel risarcimento della perdita di *chance* un modo per attuare la proporzionalità del risarcimento (da alcuni autori auspicata in generale, anche al di fuori delle ipotesi di perdita di *chance*), torniamo a ragionare sulla complicata relazione tra *chance* come: *a*) tecnica causale, *b*) entità patrimoniale di rilievo giuridico-economico e *c*) strumento di aggiudicazione del risultato.

L'impiego della *chance* come regola di causalità potrebbe, a dire il vero, anche prescindere dalla qualificazione della stessa come bene autonomo ovvero strumentale rispetto al bene finale. In tale prospettiva, infatti, essa si presenta come una tecnica di verifica del nesso causale, concepibile in alternativa o a supporto (*rectius*: al più in via subordinata) della regola primaria del più probabile che no.

Tuttavia si intuiscono immediatamente le insuperabili incongruenze applicative di una siffatta tecnica che, nel duplicare le modalità di ricostruzione della sequenza causale, amplia notevolmente l'area del danno risarcibile, peraltro attribuendo al giudice un potere altamente discrezionale (se non, nelle peggiori applicazioni, arbitrario).

Rinveniamo il rischio di una discrezionalità non suscettibile di controllo innanzitutto nelle condizioni di applicabilità di tale regola causale alternativa: cioè non è chiaro se questa dovrebbe essere adoperata in via subordinata rispetto al principio del più probabile che no – dunque solo una volta appurato che quella soglia probatoria, spesso impropriamente fatta coincidere con il 50% +1, non è raggiungibile nel caso concreto – ovvero se il giudice potrebbe fare applicazione, *ab origine*, della causalità “a percentuale ridotta”.

Salvo ritenere di dover fissare una diversa (e chiaramente più bassa) soglia percentuale, che sia posta come riferimento minimo di operatività della regola causale alternativa da *chance* (ad esempio il 35%), l'opzione presta il fianco ad inevitabili sperequazioni, che sorgerebbero dalle altrettanto inevitabili oscillazioni giurisprudenziali, dettate dal fatto che ciascun giudice di merito potrebbe affidare la decisione al proprio personale convincimento e risarcire qualunque vittima di illecito.

Risulta chiaro come un tale spodestamento della regola del più probabile che no provocherebbe una pericolosa rinuncia al perseguimento della certezza della prova del danno, che diverrebbe così una garanzia sempre più flebile in comparazione con la prova oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale.

### 2.3. L'approccio causale come punto di intersezione fra teoria ontologica ed eziologica.

La nostra riflessione può già fissare qualche punto fermo. Ricapitolando, il *quid pluris* della antagonista prospettiva ontologica – se vogliamo per ora insistere nel presupporre questo

netto dualismo – consiste, infatti, nella giuridicizzazione di quella situazione “di passaggio”, nobilitandone la natura ed elevandola da mero strumento necessario ad accaparrarsi un bene giuridico a bene giuridico di per sé.

La attribuzione della qualità di bene non è un approdo esclusivamente simbolico, poiché consente di superare la visione della *chance* come tecnica “di riserva” sul giudizio causale.

Nella impostazione eziologica, invece, parrebbe che il giudizio causale venga adoperato in modo distorto. La *chance* non rappresenta una entità ontologicamente distinta dal risultato finale, eppure la sua lesione giustifica la tutela risarcitoria a fronte dell'accertamento della serietà e attualità di quella *chance*.

In tutto ciò, la ricostruzione del nesso causale sembra passare in secondo piano (e addirittura sembra scomparire): ciò che rileva è la verifica della consistenza della possibilità di ottenere il risultato vantaggioso, fatta (quasi convenzionalmente) coincidere con la soglia del 50% + 1.

È singolare che il parametro solitamente adoperato in sede di causalità venga prestato alla funzione di determinare ad un tempo la materiale esistenza della *chance* e il *quantum* da risarcire. In definitiva solo la prova di una significativa realizzabilità di quella possibilità di risultato potrà corrispondere alla prova della certezza dell'evento di danno<sup>32</sup>.

Ne risulta una impropria sovrapposizione tra il piano della causalità e quello della verifica della esistenza stessa della possibilità di risultato e si assume, così scorrettamente, che l'accertamento della realizzabilità della *chance* con una probabilità superiore al 50% tenga luogo dell'accertamento del nesso eziologico, per il solo fatto che si faccia riferimento alla identica soglia del 50% +1, (ritenuta impropriamente) rappresentativa della prova più probabile che no<sup>33</sup>.

In effetti si fatica a celare il disorientamento dell'interprete: ricostruendo la *chance* in termini di causalità, non si riesce a vedere con chiarezza qual è il bene giuridico la cui tutela è azionata dalla domanda giudiziale; qual è, o meglio, quali sono le regole che presiedono l'accertamento del nesso causale; in base a quale criterio dovrebbe stimarsi la serietà della *chance*, perché possa legittimamente applicarsi la regola di causalità ridotta (sempre che si possa ammettere una siffatta regola ad accompagnamento dell'ormai classico principio riassunto nella formula del “più probabile che no”).

<sup>32</sup> In generale ci sembra che la grande maggioranza degli Autori che si sono occupati del danno da perdita di *chance* convenga, in un modo o nell'altro, sul fatto che vi debba essere una entità minima tutelabile al di sotto della quale una possibilità meramente soggettiva o comunque davvero irrisoria non merita di essere risarcita. Vi sono però alcuni studiosi che hanno più esplicitamente richiamato la soglia di serietà della *chance* del 50%: così A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, cit.; G. FACCI, voce “Chance (danno da perdita di)”, cit.; A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizî e virtù di una costruzione giuridica giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.* 6/2000, 661 ss.

<sup>33</sup> A tal proposito S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016, spec. 23 sul punto (ma v. in generale sul danno da perdita di *chance*, in ambito civile e in particolare in quello amministrativo, per la utile ricognizione dottrinale e giurisprudenziale), denuncia una incongruenza nel ragionamento della *chance* eziologica: nell'eventualità in cui l'attore fornisca la prova che il risultato sperato si sarebbe realizzato con una probabilità superiore al 50%, secondo l'A. sarebbe inutile e fuorviante far ricorso alla categoria della *chance*, «tenuto conto che, in presenza di tale percentuale, si configura un pieno risarcimento del danno da lucro cessante».

In aggiunta, si consideri che – come sovente accade quando si ragiona sulla qualificazione della *chance* – questa si presenta, nell’ambito della stessa vicenda, come una entità a consistenza variabile, a seconda del momento in cui viene in considerazione.

Una volta risarcito il danno a causalità ridotta, servendosi della *chance* come parametro di giudizio sul nesso, nella successiva fase di liquidazione, il giudice dovrà addentrarsi in un ulteriore giudizio causale (ipotetico, controfattuale, in quanto basato sull’eliminazione dell’illecito), volto ad appurare presuntivamente quale e quanto fondata fosse la probabilità di aggiudicazione del risultato prima dell’illecito.

Con ciò si intende dire che, pure quando sembra potersi fare a meno della individuazione della consistenza oggettiva della *chance* – perché la si valorizza in punto di accertamento della causalità come regola di giudizio e non come situazione giuridica – si scopre di non potere davvero prescindere dalla misurazione della possibilità di successo, attività coincidente con la identificazione della *chance* quale entità.

Al fine di individuare l’area del danno risarcibile *ex art.* 1223 cod. civ., è in ogni caso necessario verificare se ed in che parte la possibilità di realizzare il risultato vantaggioso sia stata incisa dal fatto lesivo, cioè se quella perdita ne sia stata una conseguenza immediata e diretta o anche mediata, ma pur sempre espressiva di un «rischio specifico» normalmente creato da quella violazione<sup>34</sup>.

In altre parole, per avere contezza della misura in cui la *chance* di profitto è stata intaccata, si deve necessariamente indagare la sua solidità precedente all’illecito.

Nell’ottica della concezione che definisce la *chance* come regola causale “di salvaguardia”, utilizzabile nella malcapitata ipotesi in cui non si raggiunga la piena prova del nesso, si può evitare, nella posizione delle premesse in astratto, di qualificare la *chance* come bene, ma non si può altresì evitarne la individuazione in fase di quantificazione del danno.

Tale impostazione valorizza il concetto di probabilità come misura della causalità, (volutamente) omettendo di considerare che la *chance* è in sé una probabilità, per cui non si può prescindere – qualunque sia la prospettiva di osservazione – dalla delimitazione (o almeno del tentativo di delimitazione) dei contorni entro cui essa esiste, ed in che misura.

Si osservi ancora che, se si accettasse una causalità ulteriore e di più agevole prova, la si dovrebbe coerentemente riferire all’unico bene giuridico tutelato e all’unico danno subito dall’attore. Sarebbe come ammettere che il giudice possa accertare che un danno è stato cagionato da Tizio nei confronti di Caio, per il 30% di probabilità (e perché, a quel punto, non anche del 20 o del 10%? all’insegna di una causalità libera e, diremmo piuttosto, arbitraria; in linea con l’orientamento a cui si accennava poco fa che legittima l’attribuzione proporzionale della responsabilità, ammettendo che la restante quota di causazione del danno sia ricondotta ad altra “concausa naturale”).

<sup>34</sup> In applicazione del principio della regolarità causale. V., sul punto, G. VISINTINI, *Trattato breve della Responsabilità Civile*, Padova, 2005, 680 ss., sul presupposto che l’art. 1223 cod. civ. dispone la regola per la delimitazione del danno risarcibile, ma non risolve il problema dell’imputazione del nesso causale, alla cui definizione concorrono le altre norme del codice (artt. 1225, 1226, 1227), come sosteneva notoriamente G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1951, 405 ss., spec. 409.

Ben altro è mutare la connotazione del danno a fronte del mancato raggiungimento della prova del nesso di causalità; e, in un tale mutamento, sta il punto debole della teoria della causalità da *chance*, poiché risulta evidente come – al fine di giustificare il risarcimento di un danno non provato (secondo il comune standard probatorio) – si debba inevitabilmente far riferimento ad un oggetto di tutela diverso, a cui si tenta di attribuire la veste di “porzione” del danno finale.

In ultima analisi la mobilità del confine tra il bene tutelato e la sequenza causale (che parrebbe voler concepire un danno diverso e autonomo da quello finale, senza tuttavia voler individuare un corrispondente bene oggetto della lesione) giunge maldestramente ad ammettere la reificazione della *chance*, seppur assegnandole lo statuto non di bene autonomo, bensì minore, la cui lesione rappresenta una quota percentuale del danno finale<sup>35</sup>.

Tali ultime riflessioni dovrebbero dimostrare, a nostro modo di vedere, come né la teoria ontologica né quella eziologica possano essere assurte a modello definitivo e univoco di concettualizzazione della *chance*, poiché proprio una lettura congiunta degli elementi di entrambe le ricostruzioni apre la visuale su un quadro più completo.

La regola causale della *chance* pone in risalto, da un lato, la necessità della configurazione di una fattispecie di danno indipendente dal danno finale e correlata alla lesione di un bene distinto già parte del patrimonio del soggetto (quando esistente); d’altro canto, il ristoro di quello stesso danno non può prescindere da una valutazione della significatività delle *chances* di mettere a frutto la mera possibilità di successo, la quale non è suscettibile di misurazione se non attraverso il riferimento al vantaggio atteso e poi negato<sup>36</sup>.

Nondimeno, si deve evitare di incorrere nel fin troppo facile errore di sovrapporre la verifica della probabilità di realizzazione del risultato con l’accertamento della sufficiente probabilità di causazione del danno.

In ultima analisi, chiarito che il rapporto di causalità e la liquidazione del danno insistono su piani distinti, si può senz’altro osservare che la dimostrazione di una certa e seriamente apprezzabile probabilità di giungere all’esito vantaggioso non equivale a raggiungere la prova della probabilità che la condotta dell’agente abbia cagionato il danno da perdita di *chance*.

La progressione dialettica idonea a condurre al risarcimento di tale danno consta allora essenzialmente di quattro passaggi, di cui i primi due consistenti: 1) nel riconoscimento, su di un piano astratto e generale, della configurabilità del bene *chance* (ove possibile: v. *infra* sulle singolarità delle diverse fattispecie in cui la perdita di *chance* viene invocata, non sempre

<sup>35</sup> Cfr. R. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 103. Nel senso che la *chance* sarebbe un bene “minore” v. M. AZZALINI, *Nesso causale e perdita di chances: l’illusione ottica della “doppia probabilità”*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2017, 691 ss., spec. 694-695, il quale riconosce sì la fondatezza della tesi che struttura la *chance* come bene autonomo (soprattutto per esclusione delle altre impostazioni), ma in un certo senso “residuale” rispetto agli altri beni tutelati dall’ordinamento, nel senso che si deve evitare che «il ricorso al concetto di *chance* divenga arnese giuridico improprio laddove vi sia invece la lesione di un diritto soggettivo specificamente individuabile». La *chance* acquista un significato indipendente, esclusivamente nel caso in cui «si ragioni di una possibilità perduta rilevante in se stessa e non di un mero aspetto, più o meno indiretto od “obliquo”, di lesione di un diritto-bene finale presente nel “paniere” del soggetto».

<sup>36</sup> G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, 41 ss., evidenzia come l’insoddisfazione generata dalla regola del più probabile che no ha condotto ad avallare la prassi della sostituzione del danno effettivo con un “diminutivo astratto”, che si pone inevitabilmente in relazione con il primo, senza che ciò implichi la negazione della *chance* come bene specifico.

a proposito) – in quanto idoneo ad essere oggetto di tutela da parte dell’ordinamento – e 2) nella prova da parte dell’attore della esistenza in concreto della *chance* nel proprio patrimonio. Seguono: 3) la prova del nesso causale tra evento e danno e, infine, 4) la monetizzazione delle conseguenze giuridiche del danno e così la delimitazione del danno risarcibile. Il vero *prins* logico della esposta sequenza non sta, secondo noi, tanto nel riconoscimento istituzionale del bene *chance* in linea di principio, quanto più significativamente nella prova in concreto della *chance* nel singolo caso di specie.

Dunque, se gli argomenti spesi *supra* miravano a svelare la fallacia della tesi che individua la *chance* come alternativa causale basata sulla erronea illusione di poter segmentare il *fil rouge* che dall’evento conduce alle conseguenze del danno, questa ultima osservazione fa riflettere altresì sul fondamento della dottrina della *chance* ontologica e cioè sulla impellenza di annoverare la possibilità di risultato tra i beni giuridici tutelabili.

Il più pregnante rilievo della prova in concreto degli elementi di fatto fondanti la pretesa *chance*, ad un tempo ridimensiona le premesse della teoria ontologica e recupera – per adoperarla nella fase di liquidazione – la *ratio* sottesa alla teoria eziologica, instaurando una relazione tra *chance* di risultato e risultato stesso, nella misura in cui le ragioni giustificatrici della pretesa di risarcimento da *chance* perduta appaiono tanto più fondate quanto più si riesca a dimostrarne la effettiva realizzabilità.

### 3. Le elaborazioni della giurisprudenza di legittimità.

Prima di soffermarci sui diversi esiti delle varie ipotesi ricostruttive – nonché di chiarire perché secondo noi la genesi di qualunque tentativo di sistemazione della *chance* non può che rintracciarsi nel problema causale – è interessante considerare che il tema del risarcimento della perdita di una occasione di risultato ha attraversato le fasi di un ciclo, a dire il vero, non del tutto coincidenti tra le diverse fattispecie in cui si è invocata la necessità di tutelare il valore intrinseco nella *chance*.

Ed il lettore ci scuserà per i continui e forse dispersivi (ma comunque insufficienti, data la vastità del materiale) richiami alle pronunce di legittimità, la cui lettura (anche in un’ottica di comparazione delle varie sentenze succedutesi negli anni) risulta, tuttavia, irrinunciabile in una materia che si è nutrita sin dal principio dell’opera creatrice della giurisprudenza<sup>37</sup>.

In campo di responsabilità medica (ambito nel quale la *chance* di sopravvivenza è stata riconosciuta come situazione giuridica ontologicamente distinguibile da parte della giurisprudenza in tempi relativamente recenti), ad esempio, il primo passo è stato compiuto nella direzione della *chance* come bene-entità giuridica e patrimoniale, complici le difficoltà

<sup>37</sup> Sul ruolo della giurisprudenza come fonte del diritto (privato), sia qui sufficiente rimandare alla lettura, fra i tanti, di U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; G. ALPA, *La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell’Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Cont. imp.*, 2015, 646 ss.; M. FRANZONI, *L’interprete del diritto nell’economia globalizzata*, in *Cont. imp.*, 2/2010, 366 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.* 1/2014, 987 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2009, 147 ss. V. anche E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, I, Torino 2017, che di recente è tornata a riflettere sulla costituzionalizzazione del diritto privato all’insegna del principio di effettività e sul contributo dato a tal fine dal dialogo tra giurisprudenza ordinaria e Corte Costituzionale.

applicative della regola civilistica di accertamento della causalità, troppo spesso riscontrate in siffatte controversie.

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.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tale ambito – segnalata, in particolare, da alcune sentenze – è emblematica e fornisce l'unità di misura della funzione attribuita alla perdita di *chance* in generale.

Le pronunce a cui si fa tradizionalmente risalire l'avvio della stagione giurisprudenziale del risarcimento della *chance* perduta (quale bene autonomo) sono quelle della sez. lavoro della Corte di Cassazione, n. 6906 del 19 novembre 1983 e n. 6506 del 19 dicembre 1985<sup>38</sup>, nelle quali si riconosceva nel pregiudizio subito dall'attore una lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio – su cui spenderemo un necessario approfondimento *infra* a partire dal par. 8 –, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, ritenuta quale “entità economicamente e giuridicamente valutabile”.

Il pregiudizio arrecato a tale situazione giuridica “atipica” comportava 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 – si faceva strada la formula (che diventerà rituale) della *chance* come entità patrimoniale avente la propria specificità tanto economica quanto giuridica.

La pronuncia di Cass. n. 4400 del 4 marzo 2004 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>39</sup>.

<sup>38</sup> Si rimanda a quanto riportato in nota n. 122, par. 8, per un'analisi delle vicende concrete e dei commenti degli Autori.

<sup>39</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. VIII, *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*

Tuttavia, le prime certezze raggiunte in punto di qualificazione ontologica della *chance* non sono bastate ad impedire ulteriori (e legittimi) ripensamenti intorno alle implicazioni sulla ricostruzione del nesso causale.

A tal proposito, è utile menzionare alcuni passaggi di Cass. n. 21619 del 16 ottobre 2007 che, dopo aver argomentato sulla necessaria divergenza dei modelli di causalità tra diritto penale e civile, individuava una “scala discendente” che vedeva al gradino superiore la “elevata credibilità razionale” del diritto penale e, a seguire, i due (presunti) modelli di causalità civile: quella ordinaria fondata sul “più probabile che no” e quella “da perdita di *chance*”, senza per questo rinnegare la nozione *supra* rievocata di *chance* come entità patrimoniale in sé esistente nel patrimonio del soggetto quale possibilità di conseguire un certo risultato vantaggioso.

*3.1. La non facile convivenza tra la chance come bene oggetto di tutela e la chance quale “edulcorante” dei principi causali.*

A questo punto della evoluzione (giurisprudenziale), nel concetto di *chance* convivono – e, apparentemente, senza conflitto – le due anime: l’oggetto di tutela e la regola di accertamento del nesso causale.

Le due ricordate sentenze, appartenenti alla stessa stagione culminata nella decisione della Cass. SS.UU. n. 576 del 11 gennaio 2008 e stimolata dal celebre approdo delle sezioni unite penali “Franzese” del 2002, nel tentativo di mettere a punto un sistema coerente, hanno invero contribuito ad accrescere l’opacità della figura della perdita di *chance*.

Infatti, la Cassazione del 2007, nel licenziare il *tertium genus* di causalità (la “possibilità”), non intendeva sconfessare il precedente del 2004 e, anzi, ha mostrato di voler giustificare l’esigenza di una regola causale più adatta alla peculiare essenza del (non ancora ben individuato) bene *chance*.

In realtà, ciò che è stato reso più esplicito dalla pronuncia del 2007 era già desumibile dalla sentenza n. 4400 del 2004<sup>40</sup> che, con particolare riguardo a comportamenti di tipo

*sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.* 2/2005, 461 ss.; sull’autonomia della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* rispetto alla domanda di risarcimento del danno “principale”, v. più avanti spec. nel cap. III.

<sup>40</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 del 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». L’A. 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. È, invece, critico rispetto alle conclusioni della stessa pronuncia, R. PUCCELLA, *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

omissivo, aveva ricondotto la ricostruzione dell'evento dannoso a due percorsi 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>41</sup>.

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, 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>41</sup> Le teorie fondate sull'aumento del rischio sono correlate ai temi che caratterizzano la riflessione sul danno da perdita di *chance* e 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*». Vengono in gioco, in particolare, i casi di reati omissivi impropri, rispetto ai quali si contesta al garante di non avere «adeguatamente (diligentemente) contrastato i fattori di rischio presenti nella situazione concreta ed effettivamente sfociati nella produzione dell'evento», per cui l'imputazione della responsabilità non può che seguire ad un giudizio del tipo ipotetico-predittivo, più che esplicativo. Chiarito che l'interprete si trova a dover compiere una valutazione contro-fattuale, l'A. riporta approfonditamente i termini del dibattito sorto fra «chi sostiene che il giudizio ipotetico-prognostico andrebbe risolto sulla base del criterio condizionalistico della «evitabilità» e chi invece, in posizione minoritaria, sostiene l'opportunità di recuperare il criterio dell'aumento del rischio *sub-specie* di «diminuzione di *chances*»». A tale ultimo proposito, l'A. osserva che vi sono, sempre in particolare in campo di responsabilità del medico, talune regole cautelari la cui osservanza risponde all'obiettivo di «fronteggiare un determinato *tipo di rischio*» e così di aumentare «le chances di salvezza del bene giuridico protetto»: così ragionando, si abbandona il campo della *condicio sine qua non* (replicata in relazione ai reati omissivi tramite il riferimento alla condotta alternativa) per spostarsi in quello della «causalità della colpa», per cui sarà sufficiente dimostrare che la condotta colposa abbia ridotto le *chances* di guarigione e/o sopravvivenza. Quando si parla di aumento del rischio con riferimento alla responsabilità civile – ove chiaramente mutano le coordinate della riflessione rispetto a quanto visto ora in sintesi nel diritto penale – 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. torna ad evidenziare 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. SS.UU. n. 16601 del 5 luglio 2017 che ha legittimato l'ingresso nell'ordinamento italiano di ristori sovra-compensativi e su cui v. i riferimenti già fatti in nota n. 14) 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



In particolare non si giungeva a negare 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 ibrida – ; come non si può negare che la sentenza affermasse espressamente che quella del danno da perdita di occasione favorevole dovesse essere trattata come una fattispecie autonoma di danno (distinto da quello finale), da tutelarsi attraverso una altrettanto autonoma domanda di condanna al risarcimento<sup>42</sup>.

Vedremo nel prosieguo della nostra riflessione che la supposta autonomia della domanda avente ad oggetto la perdita di *chance* – almeno nei casi in cui sia davvero possibile individuare nella *chance* una situazione giuridica oggetto di tutela – non esclude l'opportunità di concepire un cumulo condizionale (subordinato) tra le cause di risarcimento, in modo tale da perseguire la massima utilità possibile del preteso danneggiato.

Nondimeno, sebbene si proclamasse l'autonomia del bene protetto e della domanda di tutela, era lo stesso incedere argomentativo della sentenza<sup>43</sup> a mostrare la via della perdita di *chance* come ricostruzione alternativa al modello “classico” della domanda risarcitoria per mancato raggiungimento del risultato sperato con onere probatorio affidato alla probabilità logica.

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 sfiorato il ragionamento della Corte, sempre incentrato sulla esclusiva preoccupazione di dare alla *chance* la veste di bene a sé stante, come se ciò fosse bastato a risolvere tutti i problemi applicativi.

Il passaggio più ambiguo – e che ha preparato il terreno per i discutibili approdi della successiva Cass. 21619 del 2007 – 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

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. Sono anche queste le problematiche tipiche degli studi della (*New*) *Law and Economics*, che, da vero pioniere, G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale, 1970 (all'epoca criticamente recensito da R.A. POSNER, *Book Review (reviewing Guido Calabresi, The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis (1970))*, in *University of Chicago Law Rev.*, 1970, 636 ss., che è poi tornare a commentare – senza pentirsi delle critiche, ma pur sempre riconoscendo, anni dopo, il valore dell'opera, con lo scritto *Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': A Reassessment*, in *Maryland Law Rev.*, 2005, 12 ss.) era riuscito a traslare anche in quei campi del diritto privato in cui raramente il giurista indossava le lenti dell'economista.

<sup>42</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 del 2004, p. 16, par. 4.6).

<sup>43</sup> Cfr. il passaggio di Cass. n. 4400 del 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».

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>44</sup>.

4. *Una panoramica sui successivi arresti della Corte di Cassazione (sulle diverse fattispecie risarcitorie in cui è invocata la perdita di chance).*

Dopo aver dedicato qualche riflessione critica alla causalità da perdita di *chance*, sollecitata dalla pronuncia di Cass. n. 21619 del 2007 su cui ci siamo ampiamente soffermati, ci interessa tornare all'analisi della giurisprudenza, per sviluppare parallelamente le nostre riflessioni.

La strada della *chance* come tecnica causale è stata ben presto rinnegata dalla Corte di Cassazione, a cominciare dall'illustre arresto a Sezioni Unite n. 576 dell'11 gennaio 2008<sup>45</sup>, in cui – preso definitivamente atto della «insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale» – venivano scanditi i caratteri dello standard di “certezza probabilistica” valido in sede civile<sup>46</sup>, senza mai fare cenno alla esistenza di una regola alternativa riferita alla categoria della perdita di *chance*.

<sup>44</sup> G. MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «possibilità» (o «probabilità») dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. prev.* 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».

<sup>45</sup> Riguardante la tristemente nota vicenda del risarcimento del danno da emotrasfusione di sangue infetto e su cui, v. i commenti di R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.* 1/2009, 69 ss., secondo cui, sebbene le Sezioni Unite non si siano occupate direttamente della perdita di *chance*, non necessariamente le conclusioni ivi raggiunte in ordine allo standard probatorio probabilistico possono considerarsi risolutive rispetto alla sistemazione della controversa figura della *chance*; e di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.*, 6/2008, 694 ss. Per una riflessione complessiva intorno allo stato dell'arte in materia di causalità nella giurisprudenza di legittimità di oltre un decennio fa, v. 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. L'A. riporta il contrasto generato da Cass. n. 21619 del 2007 rispetto al precedente “ontologico” del 2004 e ricorda come le sezioni unite del 2008 non si siano calate nel dibattito sulla perdita di *chance*. Si potrebbe concordare con Capecchi là dove ritiene che «la tassonomia operata dalla decisione n. 21619 del 2007 [ossia la “scala discendente” tra causalità civile ordinaria e causalità da perdita di *chance*] non pare costituirne la *ratio decidendi*», sicché può anche leggersi come una mera precisazione nel senso di ammettere che, nel caso di danno da perdita di *chances*, la prova del nesso causale possa arrestarsi ad una soglia inferiore al 50% + 1; il che, in ogni caso, significherebbe negare che la perdita di *chance* configuri una comune fattispecie di danno (la cui prova deve pur sempre sottostare alla soglia del “più probabile che no”). Invero 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, non si allarma di fronte all'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.

<sup>46</sup> Anche richiamando il precedente di Cass. n. 21619 del 2007, che pure aveva compiuto una attenta e approfondita disamina in ordine al rapporto tra causalità penale e civile.

Del resto, neppure la decisa affermazione sulla *chance* quale entità a sé stante (su cui v. innanzitutto la già citata Cass. n. 4400 del 2004) sembra aver pesato sulle conclusioni maturate negli anni successivi dai collegi della nomofilachia che, senza aprire formali contrasti, hanno lasciato le tracce visibili di una certa leggerezza nell'assolvimento del gravoso compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»<sup>47</sup>.

Così, a titolo esemplificativo, Cass. n. 4052 del 19 febbraio 2009<sup>48</sup>, in un caso relativo alla occupazione usurpativa di un terreno da parte della pubblica amministrazione, affermava che, ai fini della liquidazione equitativa del lucro cessante, occorrono «elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa e che si traducano, in termini di lucro cessante o in perdita di *chances*, in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile», assimilando, dunque, la perdita di *chance* al lucro cessante<sup>49</sup>, nella dimensione del pregiudizio futuro e dimenticando la qualificazione che ne era stata data, solo qualche anno prima, in termini di danno emergente.

<sup>47</sup> Come prescritto dall'art. 65 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 "Ordinamento giudiziario". A tal proposito v. il recente intervento di G. AMOROSO, all'incontro di studi tenutosi in Corte di Cassazione il 12 aprile 2017 su "L'ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro", la cui relazione "*Nomofilachia e Massimario*" è consultabile *online*.

<sup>48</sup> Il testo integrale e le relative massime di questa pronuncia, nonché delle altre che verranno citate a seguire, sono reperibili nella banca dati *Italgjureweb*. Verranno opportunamente segnalate, ove redatte, le note di commento alle sentenze stesse contenute nelle riviste.

<sup>49</sup> La riflessione intorno alla opportunità di assimilare la perdita di *chance* al lucro cessante è una delle più ricorrenti nella elaborazione dottrinale. Per quanto non sia sempre agevole, sul piano pratico, tracciare una linea di confine tra le due figure, in linea teorica, un valido criterio distintivo può essere, quello della certezza, come già rilevava M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1976, 58 ss., spec. 74. Posto che, ad avviso dell'A., 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* – bisogna «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

La successiva Cass. n. 11353 dell'11 maggio 2010<sup>50</sup>, in una controversia insorta a causa della mancata ammissione di un giovane ballerino all'anno scolastico 1994/95 della Scuola di danza del Teatro dell'Opera di Roma (da cui era conseguito il "fermo" dell'artista), riaffermava l'analogia tra perdita di *chance* e lucro cessante in punto di prova, anche presuntiva, degli elementi oggettivi di carattere lesivo.

Rispetto al precedente del 2009 appena richiamato, quest'ultima sentenza ribadiva che la *chance* si sostanzia nella «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene», ma sulla base dell'assunto per cui la perdita di *chance* sarebbe un «danno da lucro cessante».

L'esame di due pronunce rese quasi contemporaneamente dalla terza sezione della S.C. lascia emergere lo stato di incertezza in cui il giudice di legittimità si muoveva fino a qualche tempo fa.

vantaggio futuro». In senso analogo, v. F. MASTROPAOLO, voce "Danno", III) *Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 13.

S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 49 ss., spec. 65 ss., 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 Bocchiola e come sostiene pure M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 4-5/2000, 662 ss.) 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.

Di tutt'altro avviso è 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: vizî (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.* 6/2000, 658 ss., in nota a trib. Roma 28 ottobre 1999, che negava il risarcimento del danno da perdita di *chance* al 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>50</sup> In *Foro it.* 1/2011, 534 ss., e annotata favorevolmente da P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, con esclusivo riferimento al risarcimento della diversa lesione del diritto all'immagine, per avere il Teatro dell'Opera utilizzato indebitamente una fotografia del soggetto danneggiato in una locandina.

Infatti, da un lato, Cass. n. 21245 del 29 novembre 2012<sup>51</sup> interveniva per ribadire quanto già affermato nel 2004 in ordine alla autonomia della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, la quale non può ritenersi contenuta nella domanda volta a far valere il pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato<sup>52</sup>.

In una sentenza depositata appena un mese più tardi (ci riferiamo a Cass. n. 22376 del 10 dicembre 2012<sup>53</sup>), il collegio di legittimità sosteneva che il danno da perdita di *chance*, «intesa quest'ultima come mera eventualità astratta», non costituisce un danno in sé risarcibile e acquisisce una qualche valenza risarcitoria «solo se sia verificabile in termini di ragionevole probabilità nel caso concreto e sempre che tale perdita sia eziologicamente riconducibile al comportamento del terzo».

Dovrebbe sorprenderci una così esplicita (anche se non argomentata) negazione della dignità di danno risarcibile, là dove sembrava invece assodato che la perdita di *chance* fosse configurabile come autonoma fattispecie di danno.

Tuttavia, la singolarità di certe statuizioni deve essere letta alla luce della considerazione che tale ultima pronuncia è stata resa in materia di responsabilità professionale dell'avvocato, ambito nel quale la perdita di *chance*, invocata per lo più impropriamente, merita uno specifico approfondimento.

##### *5. Il ruolo della perdita di chance nelle controversie relative alla responsabilità del professionista (e in special modo dell'avvocato).*

Si rende necessario a questo punto dedicare i nostri sforzi alla perdita di *chance* nelle liti aventi ad oggetto la domanda di risarcimento del danno lamentato dal cliente nei confronti del professionista (avvocato, notaio, commercialista)<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> È importante evidenziare che si tratta della pronuncia resa sul ricorso avverso la sentenza di rinvio della Corte d'Appello di Milano, a seguito della cassazione con rinvio impartita da Cass. n. 4400 del 2004. Non è un caso, infatti, che le due pronunce condividano la stessa impostazione della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* quale domanda autonoma e distinta da quella di risarcimento del danno in generale.

<sup>52</sup> Con l'occasione, la S.C. ha pure ricordato che l'accertamento del nesso causale nella responsabilità civile è regolato dal principio del "più probabile che no", da ritenersi distinto rispetto alla regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio" tipica del processo penale. Nessun cenno esplicito alla causalità "da perdita di *chance*", sebbene – nel richiamare l'appena ricordata distinzione di regime probatorio – la sentenza del 2012 citi proprio quella Cass. n. 21619 del 2007 che aveva affermato la riconoscibilità di una regola causale alternativa in ambito civilistico (cfr. par. 7, inizio p. 10 di Cass. n. 21245 del 2012).

<sup>53</sup> Pubblicata in I *Contratti* 3/2014, 251 ss., con nota di C. ATTINÀ, *La responsabilità professionale dell'avvocato e la misura della diligenza esigibile*. In quel caso la responsabilità dell'avvocato per aver provocato l'estinzione del giudizio di merito veniva negata, in base all'assunto che non vi era alcuna certezza del fatto che, se non vi fosse stata l'estinzione, la pretesa del cliente sarebbe stata accolta.

<sup>54</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 lettura di R.

Come noto, la giurisprudenza italiana ha per lungo tempo negato che la condotta negligente dell'avvocato, pur costituendo inadempimento contrattuale, potesse giustificare una 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>55</sup>.

L'ostacolo più arduo da superare consiste non tanto nell'accertamento della negligenza del professionista, che risulta, nella maggior parte dei casi, di per sé evidente o comunque facilmente dimostrabile.

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.<sup>56</sup>;

FAVALE, *Lo statuto della responsabilità civile del dottore commercialista*, in *Danno e resp.* 3/2015, 221 ss., per l'analisi delle prestazioni svolte dal commercialista il quale, ai sensi del d.lgs. n. 139/2015, è tenuto a compiere diverse attività: dalle revisioni contabili, all'assistenza finanziaria, sino alla rappresentanza e consulenza tributaria e alla redazione della dichiarazione dei redditi (quest'ultima senza dubbio l'attività più frequente). La responsabilità del commercialista può riferirsi altresì alla perdita di *chance*, nei casi in cui egli manchi di proporre ricorso avverso l'accertamento fiscale subito dal cliente, il quale però dovrà dimostrare – secondo la logica che abbiamo visto ricorrere anche con riguardo alla (omessa) prestazione da parte dell'avvocato – che, in base ad una valutazione prognostica, il ricorso avrebbe avuto buone probabilità di essere accolto. V. anche il contributo di M. FRANZONI, *La responsabilità del notaio*, in *Danno e resp.* 3/2019, 315 ss., in cui l'A. fa il punto in materia di responsabilità del notaio e osserva innanzitutto che le regole ormai correntemente adoperate per accertare la responsabilità dei professionisti sono impropriamente parametrare sulla figura professionale del medico, la cui prestazione ha invero certe peculiarità non assimilabili a quelle delle altre professioni. Dal canto suo, il notaio assolve ad una duplice funzione: da un lato è chiamato a soddisfare l'interesse pubblico – ragion per cui, come riporta Franzoni, si è sostenuto che egli non possa rispondere a titolo di responsabilità contrattuale –, dall'altro assiste pur sempre dei privati in seguito al conferimento di un incarico, per il cui svolgimento può incorrere tanto in un adempimento contrattuale nei confronti del cliente quanto in un illecito rilevante nei confronti di soggetti terzi. Lo scritto è particolarmente interessante per l'analisi della casistica delle variegate ipotesi in cui il notaio può incorrere in responsabilità: si pensi allo svolgimento di tutte le attività preparatorie dell'atto ovvero all'ipotesi di ridefinizione dello statuto di una società, quando il notaio inserisca una clausola in manifesta violazione delle disposizioni di legge ovvero ancora all'eventualità del concorso di responsabilità con il conservatore che abbia impedito al notaio di accertare l'iscrizione di un'ipoteca. Non meno problematiche sono le questioni relative alla quantificazione del danno subito dal cliente: l'A. reca l'esempio del notaio che non abbia eseguito i dovuti controlli per verificare la libertà e disponibilità dell'immobile, nell'assistere le parti solo nella stipula del contratto definitivo, prima del quale, in seguito al preliminare, il venditore aveva già corrisposto all'acquirente il 90% del prezzo pattuito. La giurisprudenza ritiene che, a queste condizioni, «il danno risarcibile derivante da tale condotta non si identifica necessariamente col prezzo pagato dall'acquirente, ma con la situazione economica nella quale il medesimo si sarebbe trovato qualora il professionista avesse diligentemente adempiuto la propria prestazione» (cfr. Cass. n. 18244 del 26 agosto 2014, in *Resp. civ. prev.* 2/2015, 505 ss., con nota di A. CASAZZA, *Responsabilità contrattuale del notaio e nesso di causalità giuridica*).

<sup>55</sup> Così App. Catania 1° ottobre 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 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>56</sup> Con la precisazione che l'attore dovrebbe, nel caso di specie, dare prova che vi fossero delle eccezioni in senso stretto da sollevare, una domanda riconvenzionale da proporre (che, invero, il convenuto potrebbe proporre anche in altro e autonomo giudizio, ma perdendo il vantaggio indiscutibile

o che lasci decorrere il termine per impugnare la sentenza 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.); e l'elenco potrebbe proseguire.

Ma non tutte le attività processuali sono così ben definite in ordine alle conseguenze derivanti dalla loro omissione; mentre può affermarsi l'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 misurarsi anche con le interpretazioni giurisprudenziali di una norma o, comunque, con l'ineliminabile tasso di incertezza che gravita su ogni processo.

Ampliando al massimo il contenuto e i confini dell'obbligo di diligenza, si potrebbe giungere, ad esempio, a ritenere negligente l'avvocato che incorra in una declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione per "difetto di autosufficienza" *ex art. 366 n. 6 c.p.c.* o di improcedibilità per mancato deposito della decisione impugnata con la relata di notifica, come prescrive l'art. 369 co. 2 n. 2)<sup>57</sup>.

Si pensi altresì a come i mutamenti giurisprudenziali possono incidere sulla responsabilità del professionista; o meglio, come il dovere di conoscere la giurisprudenza e il suo evolversi riempia di contenuto il dovere di diligenza dell'avvocato<sup>58</sup>.

della concentrazione in un unico contenitore processuale) o la necessità di una chiamata in causa del terzo (si pensi alla chiamata in garanzia del terzo venditore e al disposto dell'art. 1485 co. 3 c.c., a norma del quale, se il compratore non chiama in causa il venditore e sia condannato con sentenza passata in giudicato, «perde il diritto alla garanzia, se il venditore prova che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda»).

<sup>57</sup> Sul punto v. il recentissimo contributo di G.G. POLI, *La nuova improcedibilità del ricorso per cassazione nella "terra di mezzo" tra telematico e analogico*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2019, 441 ss., il quale ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, tra l'orientamento più rigoroso affermato da Cass. SS.UU. n. 9005 del 16 aprile 2009, secondo cui era possibile evitare la declaratoria di improcedibilità solo mediante la produzione separata di una copia con la relata, purché sempre entro il termine di cui all'art. 369 co. 1 c.p.c. e quello antiformalista di recente affermato dalla S.C. L'A. ci segnala in particolare il *revirement* di Cass. n. 22438 del 24 settembre 2018, sugli oneri di deposito del ricorso, in cui si riconferma quanto già affermato in punto di esclusione della sanzione di improcedibilità nell'ipotesi in cui la copia autentica del ricorso sia depositata da parte del controricorrente, e soprattutto si concede al ricorrente la possibilità di rimediare all'iniziale mancato deposito della copia autentica anche oltre i limiti temporali dell'art. 369. Così la sanatoria è ammessa innanzitutto quando il controricorrente costituito non abbia disconosciuto la copia dell'atto priva di attestazione di conformità depositata dal ricorrente (e in altre ipotesi efficacemente riassunte da Poli a p. 472 del suo scritto). L'altra sentenza degna di nota è quella di Cass. SS.UU. n. 8312 del 25 marzo 2019, che in pratica ha esteso i principi già affermati in punto di rimediabilità del mancato deposito di copia conforme all'originale ai casi del deposito della pronuncia impugnata in copia non autentica e senza relata di notifica (valorizzando anche per tali ipotesi la mancata contestazione da parte del controricorrente).

<sup>58</sup> In tal proposito, è sempre opportuno tornare sulle pagine 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*. Sia sufficiente in questa sede il sintetico richiamo della pronuncia di Cass. SS.UU. n. 15144 del 11 luglio 2011 (dove il supremo consesso era giudice dell’impugnazione di una pronuncia del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche), che aveva affrontato il problema se la operatività di un «arresto innovativo, di pregressa consolidata giurisprudenza [c.d. *overruling*], 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» debba valere *pro futuro* o anche retroattivamente; problema che, a sua volta interseca quello della «funzione meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell’ordinamento giuridico». Orbene, posto alla base il principio costituzionale di separazione dei poteri, per cui spetta all’organo legislativo la funzione di produzione delle norme giuridiche, queste ultime non restano cristallizzate in sé stesse, ma sono soggette a “dinamiche evolutive”, frutto delle interazioni e degli sviluppi dell’ordinamento, che (tras)formano il “diritto vivente”. Tale interpretazione “evolutiva” va tenuta distinta da quella “correttiva”, con la quale il giudice va ad attribuire al testo della norma un significato diverso da quello stabilmente ritenuto dalla giurisprudenza. Ne deriva, secondo le sezioni unite, che il mutamento imprevedibile sulla interpretazione di una regola del processo non possa ledere il legittimo affidamento che la parte e il suo avvocato avevano riposto nell’orientamento invalso al momento del compimento dell’atto. V., tra i numerosi commenti alla sentenza e in generale sui così delicati temi dell’*overruling* e della funzione nomopoietica della giurisprudenza, F. CAVALLA, C. CONSOLO e 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. (e v. pure la di poco successiva e consonante rimediazione di 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.), i quali partono dalla premessa – condivisa con le sezioni unite del 2011 – che la natura dichiarativa della pronuncia giudiziale la rende necessariamente retroattiva e mai assimilabile allo (quello sì proiettato verso il futuro) *ius superveniens*, di talché il problema sta nel salvare le parti, che avevano riposto legittimo affidamento su un orientamento solidamente reiterato, dalle conseguenze pregiudizievoli nascenti dall’inaspettato cambio di rotta (ad esempio attraverso una rimessione in termini). A lasciare condivisibilmente perplessi gli A. è la negazione di tutela dell’affidamento della parte a fronte di una interpretazione “evolutiva” preannunciata, in quanto frutto di un percorso coerente e del tutto prevedibile (di cui è esempio, secondo la S.C., la vicenda ermeneutica che ha travolto l’art. 37 c.p.c.), il che impone all’avvocato di trasformarsi in un “veggente” o, nella versione più audace, in uno “scommettitore”. Di recente le Sezioni Unite, con sentenza n. 4135 del 12 febbraio 2019 (in *judicium.it* del 25 febbraio 2019, con 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)*; e in *Foro it.* 5/2019, 1639 ss., annotata da V. CAPASSO, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*), si sono pronunciate con riferimento alla vicenda interpretativa che ha interessato l’art. 829 co. 3 c.p.c. e la norma transitoria dettata dall’art. 27 d.lgs. n. 40/2006 sulla impugnazione del lodo per errori di diritto, in un caso in cui la convenzione arbitrale era antecedente alla riforma del 2006 ma la domanda di arbitrato era invece successiva, e – stante l’orientamento vigente al momento della impugnazione – l’avvocato non aveva censurato la violazione di regole di diritto. Quando sono poi comparse le prime pronunce di legittimità che ammettevano, in tali ipotesi, la sindacabilità del lodo per errori di diritto (ma non mancavano pronunce in senso contrario: il contrasto è stato infine risolto nel senso di ammettere l’impugnazione del lodo per errori di diritto ove la convenzione arbitrale, precedente al d.lgs. n. 40/2006, non la ammettesse espressamente, da Cass. SS.UU. nn. 9341, 9284, 9285 del 9 maggio 2016, in *Giur. it.* 6/2016, 1451 ss., con nota adesiva di C. CONSOLO e 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 parte aveva chiesto di essere rimessa in termini al fine di proporre motivi aggiunti in cui inserire le inizialmente omesse censure degli errori di diritto. Oggi le Sezioni Unite chiariscono che, in tali ipotesi, il rimedio non può essere quello del c.d. *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 e non, al contrario, per giovare di un mutamento giurisprudenziale ampliativo di facoltà e poteri processuali non esercitati. Il rimedio allora deve essere



5.1. (segue) *l'ardua prova del danno subito dal cliente a causa della negligenza dell'avvocato.*

Il vero e proprio *punctum dolens* in cui incorre il cliente danneggiato sta, al solito, nella difficoltà (quando non addirittura impossibilità) della prova di avere subito un danno certo e attuale, che sia eziologicamente riconducibile all'inadempimento del legale.

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>59</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 non mira a scalfire l'efficacia di *res iudicata* di quella sentenza, che viene presa in considerazione solo in quanto evento dannoso cagionato dalla condotta colposa del difensore<sup>60</sup>.

quello della rimessione in termini (rimedio non concedibile nel caso di specie, poiché l'avvocato aveva consapevolmente deciso di limitare la propria azione difensiva, liberamente interpretando la norma transitoria e non a fronte di un consolidato e univoco orientamento giurisprudenziale restrittivo). Per quel che qui più ci preme evidenziare in punto di oneri di diligenza dell'avvocato, F. GODIO e 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 SS.UU. n. 20472 del 2 agosto 2018, dopo aver giustamente negato che nel caso in esame potesse farsi ricorso alla logica dell'*overruling*, ragionano sulle condizioni di concedibilità della rimessione in termini, in relazione al "principio di precauzione", che poi altro non è che una declinazione del dovere di diligenza imposto al prestatore dell'opera professionale-intellettuale. Scrivono gli A. che la disciplina della rimessione in termini è «imperniata sul principio di autoresponsabilità» che tuttavia «non consente di basare la valutazione del grado di diligenza esigibile dalla parte (e per essa dal suo difensore) sul "calcolo" costo-opportunità sotteso al compimento di un certo atto processuale». Ci pare di capire che non si possa interpretare l'onere di diligenza del professionista alla stregua di un «onere di attivazione iper-prudenziale», a fronte di un contrasto giurisprudenziale, né tuttavia si può consentire all'avvocato di «adagiarsi sul filone meno esigente». Su tali complessi temi, v. anche 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.; 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.

<sup>59</sup> Così M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 987.

<sup>60</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.

Sul fronte della prova del danno, fu una intuizione di Piero Calamandrei<sup>61</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 probabilità di vincere la causa, nella consapevolezza di non poter instaurare un nesso tra la colpa dell'avvocato e la soccombenza nella lite<sup>62</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 asettici, incapaci di riflettere le differenze esistenti tra le varie cause e le relative impugnazioni.

Oggi siamo avvezzi ad un ampio ricorso all'utilizzo dei dati statistici, specialmente nelle controversie in ambito medico, tanto che forse non siamo in grado di apprezzare fino in fondo l'originalità di quell'idea di Calamandrei, il quale, di certo, non viveva in un'epoca di “convivenza forzata” (ma senz'altro utile) tra scienza e diritto.

A differenza, però, del campo sanitario, in cui le informazioni statistiche sono raccolte in modo rigoroso e vagliate dalla comunità scientifica secondo criteri (il più possibile) oggettivi

Dunque, premessa la liceità della nuova indagine sul merito già deciso dal giudicato – su cui oggi non si ha più alcun dubbio -, 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 «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>61</sup> Espressa nel suo scritto *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc.* 2/1931, 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.

<sup>62</sup> M. BOCCHIOIA, *Perdita di una “chance”*, *cit.*, 94, rilesse le pagine di Calamandrei, nel senso di un'anticipazione *ante litteram* del danno da perdita di *chance* nell'ambito della responsabilità dell'avvocato.

ed affidabili, nell'ambito giudiziale gli unici dati di cui si dispone sono di natura descrittiva delle "condizioni di salute" della macchina della giustizia.

Non v'è dubbio che si riesca a 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.

Per quanto riguarda il merito dei giudizi, tuttavia, 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), resta impraticabile il proposito di elaborare questi stessi dati allo scopo di ricavarne una funzione predittiva, suscettibile di costituire il fondamento di un eventuale giudizio prognostico. Infatti anche laddove 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.

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>63</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.; 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 i presupposti per la proposizione di un appello incidentale; 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. e via dicendo.

*5.2. (segue) si devono distinguere le chances perdute di vittoria della lite da quelle correlate alla pendenza del giudizio, ma che prescindono dall'esito finale dello stesso.*

Si comprendono le difficoltà nel far confluire l'analisi congiunta di queste e altre variabili in una prognosi di esito possibile, tale da poter stabilire con ragionevole probabilità che l'inadempimento dell'avvocato abbia cagionato la soccombenza del suo assistito.

Da qui l'idea di far valere la pretesa quale "danno da perdita della possibilità di impugnazione" (ossia danno da perdita di *chance*), da distinguersi – ma la demarcazione è

<sup>63</sup> V., in tal proposito, F. BENATTI, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *I Contr.* 11/2012, 937 ss.

reale? – rispetto al “danno da mancata impugnazione”, consistente cioè nella perdita del processo<sup>64</sup>.

In tale ottica, la prima sentenza di legittimità ad aver ricondotto la responsabilità del professionista (un commercialista in quel caso) alla perdita di *chance* – quale situazione giuridica autonoma – è stata Cass. n. 22026 del 22 novembre 2004<sup>65</sup>, nel senso di ritenere, in generale, che dalla mancata partecipazione ad una controversia a causa della condotta colpevole del professionista possano derivare due pregiudizi distinti.

Da un lato, quello relativo all’esito svantaggioso della lite, che deve in ogni caso essere accertato in termini probabilistici e non più di “certezza morale”, sulla base della prognosi delle probabilità di successo; dall’altro, quello relativo alle *chances* connesse alla pendenza del giudizio, ma a prescindere dalla decisione della controversia.

Si tratta, ad esempio, della 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>66</sup>.

Secondo la S.C. anche tale danno, non diversamente dal primo, deve essere «liquidato in ragione d’un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità dei richiamati risultati utili»<sup>67</sup>: se così è, non rintracciamo alcuna differenza di contenuti tra i due pregiudizi.

<sup>64</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 del 2004) 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.

<sup>65</sup> In *Dir. prat. trib.* 1/2005, 10 ss., con nota di G. VISINTINI, *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*; e in *Corr. trib.* 11/2005, 862 ss., con nota di F.A. GENOVESE, *Ricorsi immotivati, responsabilità del difensore e danno risarcibile*. A fronte della classica omissione imputabile al commercialista, consistente nella mancata impugnativa degli avvisi d’accertamento, la corte di Cassazione riformò la sentenza della corte d’appello che aveva negato il ristoro per la mancata prova con assoluta certezza dell’esito positivo dei ricorsi non proposti, sulla base del seguente ragionamento. Sostituito il canone dell’assoluta certezza con quello della ragionevole probabilità, ai fini della prova del nesso causale, il giudice di merito doveva verificare se effettivamente i motivi d’impugnazione e le deduzioni che l’avvocato avrebbe potuto spendere fossero idonei a fondarne l’accoglimento. Si legge poi che «diversa dalla questione del danno da inadeguata ed intempestiva impugnazione degli accertamenti è la questione del danno da perdita di chances, che nella prima è implicitamente contenuta come il meno nel più, ma dalla quale nettamente si distingue». La sentenza si colloca pienamente in quel filone giurisprudenziale (del marzo dello stesso anno era la sentenza n. 4400 che addiveniva alle stesse conclusioni in tema di *chance* di sopravvivere) che definiva ormai costantemente la *chance* come «un’entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione».

<sup>66</sup> Così la sentenza n. 22026 del 2004 a p. 9.

<sup>67</sup> E «assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d’un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, questo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta od, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo ex art. 1226» (pp. 10-11).

Vi è di più: se le *chances* di ricavare un vantaggio dallo svolgimento del processo avessero effettivamente un autonomo rilievo, allora, a fronte della omissione colpevole del legale, il giudice dovrebbe accordare la pretesa risarcitoria a prescindere dalle probabilità di esito vittorioso. Siamo convinti, invece, che ragionando nei termini delle probabilità di fondatezza della pretesa non idoneamente coltivata, l'unico danno lamentato dal cliente, al di là delle etichette, sia rappresentato dalle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento di volta in volta costituito dalla condotta negligente del professionista. Ed invero, la soccombenza in giudizio è, molto banalmente, la più immediata manifestazione (l'unica tangibile) del pregiudizio subito, il quale può consistere altresì in tutti i vantaggi potenzialmente ricavabili dallo svolgimento indisturbato del processo, in assenza dell'inadempimento colposo, ma che si risolve innanzitutto nella soccombenza.

Diversamente le *chances* di ottenere i predetti vantaggi dal mero svolgimento del processo potrebbero ricevere autonoma considerazione, se l'accertamento della responsabilità del professionista e del relativo danno – da perdita di *chance*, beninteso – venissero svincolati dalla verifica delle probabilità di accoglimento della iniziativa giudiziale del cliente che ha subito l'inadempimento dell'avvocato negligente.

È interessante notare – al di fuori delle ipotesi di danno da perdita di *chance* cagionato dalla negligenza dell'avvocato, ma sempre nell'ambito del processo – 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.

Se fino ad ora ci siamo riferiti alle *chances* che si sarebbero potute realizzare grazie alla pendenza della causa, ma vanificate dalla condotta del professionista che non ha coltivato diligentemente l'azione giudiziale (es. la transazione), qui vogliamo far presente che 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 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».68

5.3. (segue) in ogni caso la *chance* (di risultare vittoriosi o di avvantaggiarsi della pendenza della lite) non è una situazione giuridica soggettiva autonomamente tutelabile.

A ben vedere, dunque, non è irragionevole riferire le ipotesi di responsabilità dell'avvocato alla figura del danno da perdita di *chance*. Tuttavia riteniamo che essa non rilevi quale situazione giuridica soggettiva lesa (come nell'impostazione della richiamata

<sup>68</sup> Così Cass. n. 18953 del 28 settembre 2005 e, in senso conforme, Cass. n. 1631 del 26 gennaio 2006 (entrambe in *Italgireneeb*), 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)».

giurisprudenza, troppo spesso poco incline a valutare le sfumature e troppo attenta a rispettare i propri precedenti), autonomamente azionabile in giudizio con apposita e distinta domanda, ma in virtù del concetto di probabilità sotteso alla *chance* stessa.

Del resto, l'*escamotage* della creazione *ad hoc* di una situazione giuridica soggettiva – imprescindibile in sede di responsabilità aquiliana, pena l'inesistenza di un danno ingiusto – non è affatto necessario in un caso di responsabilità contrattuale, come quello che coinvolge l'adempimento delle prestazioni da parte del professionista.

A prescindere da tale rilievo comunque dirimente, non riteniamo che, in tale fattispecie risarcitoria, la *chance* potrebbe comunque assumere i connotati di una situazione soggettiva preesistente nel patrimonio del soggetto che conferisce mandato all'avvocato di compiere tutto quanto necessario a tutelare il proprio diritto lesa o minacciato.

Ci pare chiaro, anzi, che l'unico diritto riconoscibile nella sfera giuridica del cliente sia proprio quello azionato in giudizio e che, ad essere lesa sia la possibilità di vedere tutelato proprio quel diritto e non la presunta possibilità di transigere la causa che, semmai, s'invera a processo già avviato.

Eletto un modello che iscrive la condotta dell'avvocato nell'alveo della diligenza professionale nell'esecuzione della prestazione di patrocinio, smarrisce ogni utilità pratica la prospettiva di riconoscere alla *chance* la consistenza di situazione giuridica soggettiva.

*5.4. (segue) la chance viene in rilievo, nel primo caso, come criterio per verificare la sussistenza effettiva del danno e, nel secondo caso, come conseguenza risarcibile del danno.*

Si deve però distinguere ulteriormente. La *chance* intesa come probabilità di vincere la causa rappresenta l'unità di misura del pregiudizio subito e, dunque, il parametro di riferimento per la prova della sussistenza del danno lamentato<sup>69</sup>; essa si riflette, in pratica, nel giudizio probabilistico di accertamento del nesso causale tra l'inadempimento e il pregiudizio.

A tal proposito, si deve precisare che, stante il paradigma di ricostruzione del nesso causale incorporato nell'art. 1218 c.c., la struttura stessa della responsabilità da inadempimento contrattuale rende superflua la funzione tipica della distribuzione causale – funzione che, invece, si mostra in tutta la sua essenzialità in ambito di illecito extracontrattuale –, che è quella di individuazione del soggetto responsabile, già automaticamente indicato nel «rapporto giuridico preesistente tra danneggiante e danneggiato e dalla circostanza ulteriore che la principale posta di danno risarcibile consiste

<sup>69</sup> Diversamente, Cass. n. 25112 del 24 ottobre 2017 (spec. par. 5.9, pp. 18-22, ove si richiamano pure i precedenti conformi), massimata in *Italgireweb*, partendo dal presupposto che la *chance* di vincere la causa sia una entità preesistente nel patrimonio del danneggiato, ragionava nei seguenti termini. In un caso di responsabilità dell'avvocato per non aver riassunto la lite davanti al giudice di rinvio dopo la cassazione della sentenza e per avere di conseguenza determinato la prescrizione del diritto del proprio assistito, la S.C. ha ribadito la valenza del canone del “più probabile che no” anche nei giudizi di responsabilità del professionista per condotta omissiva, distinguendo tra condotte che, se tenute, sarebbero valse ad evitare conseguenze dannose e condotte che, viceversa, avrebbero prodotto un vantaggio. In quest'ultimo caso, il danno – che non si è effettivamente verificato – deve costituire oggetto di un accertamento in via presuntiva e prognostica; di talché, in tali fattispecie, la regola di preponderanza dell'evidenza si applica, non solo all'accertamento del nesso di causalità tra fatto dannoso ed evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo e le conseguenze dannose risarcibili.

nella perdita dell'utilità finale per il conseguimento della quale il rapporto obbligatorio è stato istituito e congegnato»<sup>70</sup>.

Ciò è indubbio per quelle obbligazioni a risultato determinato o comunque predeterminabile, ma non per quelle in cui il risultato della prestazione non è altrettanto determinato o determinabile *ex ante*<sup>71</sup>. In queste ultime fattispecie «la perdita lamentata dal

<sup>70</sup> Così letteralmente 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. 729 ss.

<sup>71</sup> Si insegna ormai da tempo che la distinzione tra obbligazioni c.d. “di risultato” e obbligazioni c.d. “di mezzi”, deve ritenersi superata; restano, tuttavia, senz'altro ancora attuali i problemi sottesi a tale dualismo, primo fra tutti quello della 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. (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» (137). 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 – ci 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 [all] 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. Da allievo di L. Mengoni, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.* 1/2008, 1 ss., è tornato a far dialogare i due autori, all'insegna del 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

creditore può essere considerata un danno risarcibile soltanto se, a seguito di una valutazione necessariamente “a posteriori”, si appuri che l’utilità perduta coincide proprio con quella che, nel quadro di un giudizio controfattuale, il creditore avrebbe potuto ottenere qualora il debitore si fosse determinato in maniera diversa nel rispetto dei criteri di esattezza e correttezza della prestazione»<sup>72</sup>.

Nel tentativo di attualizzare la risalente distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, si è parlato anche di attività «governabili» e «non governabili» dal debitore, nel senso che solo alcune prestazioni, rientranti nella sfera di controllo di chi deve adempiere, sono esigibili, mentre altre non dipendono dal dominio esclusivo del debitore, il quale si trova, rispetto a queste ultime prestazioni, nell’impossibilità di prospettarsi (ed evitare) la verificabilità del caso fortuito<sup>73</sup>.

Orbene, nell’espletamento del proprio incarico professionale, l’avvocato può trovarsi a fronteggiare obbligazioni di risultato predeterminabile o governabile, com’è nel caso della redazione di un parere *pro veritate* ovvero obbligazioni di risultato non esattamente determinabile *ex ante*, quali sono quelle più specificamente attinenti allo svolgimento delle attività legate al contenzioso. In tali ultimi casi, «nella concreta dinamica del giudizio di responsabilità, il creditore si dorrà di un pregiudizio che, però, non è la traduzione economica di un risultato predefinito, dovuto e non realizzato, sicché l’allegazione o la prova del presunto danno – a seconda delle letture di minore o di maggiore rigore per il creditore – non costituisce di per sé allegazione o prova dell’inadempimento e della riconduzione causale del danno a quest’ultimo»<sup>74</sup>.

Un altro significato va attribuito alla lesione della *chance* di ottenere indefiniti vantaggi dalla pendenza/prosecuzione del giudizio (ad es. quelli derivanti dalla transazione della lite) che è, invece a nostro avviso, una conseguenza dannosa dell’inadempimento risarcibile *ex art. 1223 c.c.*, ove provata dal danneggiato: in disparte la primaria possibilità di aggiudicarsi la vittoria della lite, si tratta cioè del venir meno anche della mera possibilità di conseguire comunque una parziale capitolazione della controparte, eventualmente per il tramite di una soluzione di compromesso realizzabile solo a giudizio pendente.

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>72</sup> F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale, op. ult. cit.*, 732.

<sup>73</sup> In tal senso G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, 148 ss., il quale condivisibilmente sottolinea come il problema della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sia sempre stato quello di ritenere che le prestazioni professionali abbiano sempre ad oggetto prestazioni fuori del controllo del professionista, quando, invece, «in talune professioni la maggior parte o quasi tutte le prestazioni sono oggettivamente eseguibili alla luce dello stato attuale della scienza» (151); in sintesi «mentre in presenza di attività governabili sono sempre prospettabili l’errore tecnico (violazione di una regola di misura) ed il caso fortuito, queste ipotesi non appartengono alle attività non governabili, perché qui difettano sia il percorso tracciato entro il quale l’attività debba svolgersi (quando allora la deviazione costituisce errore), sia il rapporto accertabile di causa ed effetto tra attività svolta ed esito raggiunto» (160).

<sup>74</sup> F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, 722.



Ecco, però, che, posta su questo piano, a noi pare che la perdita di *chance* sia sì risarcibile, ma perda ogni autonomia concettuale, in quanto assorbita nella sfera del lucro cessante, il cui rilievo «non è necessariamente condizionato all'esistenza di un diritto al lucro stesso»<sup>75</sup>.

Attenta dottrina spende un diverso argomento per sostenere che il ricorso alla figura della *chance* in materia di responsabilità dell'avvocato è improprio.

Posto che il campo applicativo della occasione di profitto è quello della “irrisolubile incertezza empirica”, si considera che i parametri sottesi al giudizio prognostico sull'esito ipotetico del processo mai tenutosi (per 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<sup>76</sup>.

Non ci convince una tale serena presupposizione di calcolabilità del diritto<sup>77</sup>, 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).

*5.5. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità in merito alla prova del danno cagionato dall'avvocato negligente.*

<sup>75</sup> La riflessione di C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1223 c.c., 254, è chiarificatrice: perché un lucro cessante sia risarcibile, «è sufficiente anche la certezza che l'inadempimento abbia impedito al danneggiato di esercitare utilmente una facoltà che con ragionevole certezza avrebbe esercitato ricavandone un certo o probabile vantaggio patrimoniale. Questa ragionevole certezza non può essere ravvisata sulla base di una mera intenzione del creditore di esercitare la facoltà: occorre piuttosto che il soggetto abbia effettivamente compiuto o iniziato un atto volto univocamente all'esercizio della facoltà [...]. Se il lucro cessante deriva dalla mancata stipulazione di un contratto, esso deve essere ravvisato nel vantaggio che il creditore avrebbe tratto dalla realizzazione del contratto medesimo, detratto un margine in considerazione della maggiore o minore incertezza di esecuzione del rapporto». Se non si raggiunge la prova della “certezza” dell'esito favorevole per il danneggiato o, al contrario, della “certezza” che egli non avrebbe tratto il vantaggio sperato, «può allora ammettersi che la mancata stipulazione del contratto o, similmente, la mancata partecipazione alla gara o al concorso abbiano come tali un sicuro ed attuale significato economico negativo. La valutazione di tale significato deve procedere necessariamente in via equitativa sulla base delle probabilità di risultato utile tratte dalle circostanze del rapporto e dal confronto con i casi simili»; e qui l'illustre civilista, in nota al testo, fa riferimento proprio alla perdita di *chance*, risarcibile nei limiti in cui l'impedimento al certo esercizio di queste facoltà rappresenti «la perdita attuale di un bene al quale è funzionalmente connessa la “probabilità” di un vantaggio».

<sup>76</sup> Così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 422-426, che, sul punto, equipara il 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. Esprime le nostre stesse perplessità, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 585.

<sup>77</sup> Per usare un termine caro a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

Ci preme spendere qualche riflessione finale sulla necessità della prova delle probabilità di successo nella controversia, al cui riguardo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità appariva nitido già prima della pronuncia del 2004 che attribuiva alla *chance*, anche in questo campo, dignità di situazione giuridica.

Dalla lettura di Cass. n. 2836 del 26 febbraio 2002<sup>78</sup>, ad esempio, si evinceva nitidamente che, non potendo l'avvocato garantire la vittoria del giudizio di appello, «il danno derivante dalla tardiva proposizione di questo, in tanto [era] ravvisabile, in quanto, e sia pure con criteri necessariamente probabilistici, si [fosse accertato] che il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato».

Del pari una analisi di alcuni recenti arresti della S.C. lascia emergere un orientamento univoco in merito alla circostanza che la responsabilità dell'avvocato non possa affermarsi per il solo fatto del suo inadempimento/inesatto adempimento<sup>79</sup>, ma sia 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>80</sup>.

<sup>78</sup> 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. n. 1286 del 6 febbraio 1998, 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>79</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. n. 4781 del 26 febbraio 2013, 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 ommesso 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. n. 24519 del 5 ottobre 2018, in *Italggiureweb*.

<sup>80</sup> Così Cass. n. 16690 del 22 luglio 2014 (richiamando quanto già espresso da Cass. n. 2638 del 5 febbraio 2013), 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. n. 12354 del 27 maggio 2009, 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

Non potendo il danno consistere nel solo inadempimento<sup>81</sup>, si spiega l'affermazione (che avevamo già attribuito a Cass. n. 22376 del 10 dicembre 2012) secondo cui la semplice

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. n. 9917 del 26 aprile 2010, 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. n. 2638 del 5 febbraio 2013, 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 la recente Cass. n. 30619 del 22 novembre 2018 (tra le pronunce massimate nella banca dati *Italggiureweb*), 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. 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>81</sup> Ad onor del vero, abbiamo rintracciato dei precedenti di legittimità che hanno riconosciuto la fondatezza della pretesa risarcitoria del cliente a fronte di un danno consistente nel mero inadempimento dell'avvocato. Ci riferiamo a Cass. n. 15895 del 7 luglio 2009 (massima e testo integrale in *Italggiureweb*), 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. n. 11907 del 10 giugno 2016 (v. sempre nella banca dati *Italggiureweb*) – 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. n. 3765 del 14 febbraio 2017, secondo cui l'avvocato risponde anche per semplice negligenza ai sensi dell'art. 1176 co. 2 c.c. (e non solo per

perdita di *chance* non è di per sé risarcibile come «mera possibilità astratta di un risultato diverso e migliore, ma occorre che essa sussista effettivamente ed in concreto»<sup>82</sup>.

Le esigenze della prova di tale danno impongono logicamente di escludere che la *chance* possa rilevare come occasione di un risultato favorevole, esistente in quanto tale e disancorata dal dato della concreta realizzabilità.

In ultima analisi, là dove si indugiasse nel ricomprendere la perdita di *chance* nella responsabilità del professionista, la stessa non potrebbe che emergere in chiave puramente eziologica, cioè in quell'ottica attraverso la quale l'interprete – considerando la *chance* in funzione del risultato finale – giunge proprio a negarne l'autonoma esistenza. In altre parole, il paradosso consiste nella contestuale affermazione, da un lato, della pretesa di una prova della concreta realizzabilità della *chance* di vittoria della lite, dall'altro, del riconoscimento (a questo punto solo nominalistico) della *chance* come entità giuridica autonoma. Diversamente se la *chance* fosse effettivamente concepita in tale ultimo senso ontologico, all'attore non si richiederebbe la diabolica *probatio* della fondatezza della propria pretesa originaria.

#### *5.6. Qualche osservazione conclusiva sul rilievo della perdita di chance nelle azioni aventi ad oggetto la responsabilità dell'avvocato.*

Si dirà che, stante la difficoltà di provare il danno subito, nella maggior parte dei casi il negligente inadempimento dell'avvocato resterà impunito; ma se l'esigenza non è tanto quella di compensare una perdita (della cui effettiva esistenza talvolta si dubita) quanto piuttosto quella di sanzionare il professionista (magari in modo esemplare e in prospettiva di deterrenza al fine di prevenire il reiterarsi di condotte sciatte e superficiali), il rimedio andrebbe ricercato probabilmente in strumenti diversi dal risarcimento del danno, che sia "finale" o da perdita di *chance*.

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. n. 18612 del 5 agosto 2013, 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>82</sup> Lo stesso principio è stato ribadito anche da Cass. n. 17016 del 20 agosto 2015, 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, un po' peculiarmente, 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».

Alle sanzioni disciplinari<sup>83</sup> 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.

È doveroso chiedersi, inoltre, come il principio che richiede all'attore la prova del danno e, dunque, delle probabilità di successo nel giudizio colposamente estinto (o non riassunto o mai instaurato) si coordini con il regime di riparto dell'onere probatorio nelle controversie di responsabilità contrattuale, per come sancito dal noto arresto di Cass. SS.UU. n. 13533 del 2001, secondo cui: «il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento».

Il cliente danneggiato che agisca in giudizio contro il proprio avvocato saprà (o meglio, ne sarà consapevole il suo nuovo avvocato) che, per ottenere l'accoglimento della domanda, dovrà orientare il convincimento del giudice nel senso che – più probabilmente che no – se l'avvocato avesse adempiuto correttamente il proprio mandato, la domanda sarebbe stata accolta.

A tal fine, non gli basterà allegare l'inadempimento del professionista, ma gli converrà piuttosto dedurre tutti gli argomenti in fatto e in diritto idonei a dimostrare che la sua azione sarebbe risultata fondata. Dovrà farlo non già perché la *chance* rappresenti una entità di per sé rilevante, ma in virtù del suo interesse a dimostrare il rapporto causale tra l'inadempimento del professionista e il pregiudizio subito, a riprova del fatto che, in tali controversie, solo impropriamente ci si riferisca alla perdita di *chance* quale autonomo danno, rappresentando essa piuttosto l'elemento di valutazione del nesso eziologico, il cui riscontro pare imprescindibile per l'imputazione della responsabilità al difensore.

Se si ammette la correttezza di tali premesse, ci si trova di fronte ad una smentita della *regula iuris* affermata dalla S.C. nel 2001 e mai formalmente contraddetta dalla giurisprudenza successiva.

Ciò nondimeno, osservando le peculiarità della fattispecie in esame e, in particolare, il carattere prognostico del ragionamento richiesto al giudice, si potrebbe arrivare a sostenere che sull'attore non gravi un vero e proprio onere di allegazione e prova dei fatti costitutivi del danno, nella misura in cui s'intenda che questi fatti costitutivi sono le ragioni ipotetiche che avrebbero indotto il giudice del processo nell'ambito del quale si è verificato l'inadempimento dell'avvocato ad accogliere la pretesa del cliente danneggiato.

Si tratta di elementi che, al di là delle allegazioni di parte, il giudice sarebbe in grado di desumere e valutare autonomamente: egli è, invero, il solo capace di ipotizzare se l'appello

<sup>83</sup> Le sanzioni disciplinari, in ordine ascendente di gravità, sono: l'ammonizione, la censura, la sospensione e la radiazione dall'albo. Unitamente al Codice deontologico forense, si veda anche la L. n. 247 del 2012, spec. artt. 52 lett. c) e 53.

avrebbe avuto “ragionevoli probabilità di accoglimento” (per usare l’espressione dell’art. 348-*bis* c.p.c., in cui si prescrive al giudice proprio un esame prognostico sulla consistenza dell’appello).

Eppure recepire una tale soluzione significherebbe forse calpestare il principio del contraddittorio e smentire l’allocazione dell’onere probatorio in capo a chi pretende di sentirsi riconoscere il risarcimento del danno.

*6. La Cassazione torna a ragionare in termini di causalità “da chance perduta” (ma corregge il tiro rispetto a Cass. n. 21619 del 2007) in una peculiare vicenda di perdita della chance di svolgimento di un processo non illegittimo.*

Con la sentenza n. 21255 del 17 settembre 2013 – in un caso di perdita di *chance* “processuale” – la S.C. torna sui propri passi e chiarisce il significato<sup>84</sup> da attribuire al *dictum* del 2007, il cui riferimento alla categoria della “possibilità” era stato – per stessa ammissione della Corte - «in realtà non chiarissimo»<sup>85</sup>, date le ragioni che a breve riporteremo.

Si tratta della pronuncia conclusiva della celebre “guerra di Segrate” che ha avuto inizio alla fine degli anni ‘80 con i tentativi di acquisizione del controllo della Arnoldo Mondadori da parte – rispettivamente – dei gruppi Cir e Fininvest, già soci della medesima società insieme alla famiglia Formenton.

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>86</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 n. 259 del 24 gennaio 1991) che i giudici penali avrebbero in seguito riconosciuto essere stata adottata all’esito della corruzione di uno dei giudici del collegio nell’interesse di Fininvest.

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>87</sup>.

<sup>84</sup> Invero «tenta un incisivo intervento di *lifting*» secondo B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *Danno e Resp.* 2/2014, *cit.*, 183.

<sup>85</sup> Cfr. p. 130, par. 4.4.2.

<sup>86</sup> Il lodo Pratis, Irti, Rescigno del 20 giugno 1990, in *Giur. it.* 1/1990, 529, con nota di COTTINO, 529.

<sup>87</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, nella sua *voce* “Efficacia giuridica”; 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*

Pertanto Cir, a valle degli accadimenti penali, agiva con autonomo giudizio per richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa della condotta di Fininvest.

Concentrando l'attenzione sui profili della vicenda attinenti al danno da perdita di *chance*, osserviamo che la fattispecie risarcitoria in questione veniva inquadrata entro la clausola generale dell'art. 2043 c.c.<sup>88</sup>, sussistendone tutti gli elementi costitutivi.

L'atto doloso, consistito nel provocare 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).

*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. Seguono al contributo di Boccagna, i due pareri *pro veritate* resi nel corso dei due giudizi di merito da A. Proto Pisani, il quale, invece, sosteneva 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>88</sup> Il nodo più problematico di tutta la vicenda consisteva proprio nel chiarire se l'azione aquiliana fosse legittimamente coltivabile da Cir, dal momento che non aveva né proposto revocazione per dolo del giudice avverso la sentenza della corte d'appello di Roma né impugnato la transazione. 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: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 1 ss., 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 agilmente 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.

È altresì significativo che la pronuncia della corte d'appello di Milano del 9 luglio 2011<sup>89</sup> – su questo punto non smentita dal giudice di legittimità – aveva rifiutato la qualificazione giuridica del pregiudizio 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>90</sup>.

Come fosse possibile per il giudice affermare con tale sicurezza cosa sarebbe accaduto nel giudizio antecedente di impugnazione del lodo se il componente del collegio non avesse ceduto al proposito corruttivo, ci pare a onor del vero un enigma.

Le variabili che contribuiscono alla formazione della decisione sono molteplici e, per lo più, imperscrutabili (e non ricomponibili *ex post* al di fuori di quella camera di consiglio): in altre parole, 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>91</sup>.

<sup>89</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*, 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>90</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>91</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 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».



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>92</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” propinato 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>93</sup>.

Certamente non è peregrino 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, abbia presumibilmente annichilito le potenzialità decisorie del Presidente e dell'altro giudice membro anche sotto il profilo

<sup>92</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, dichiarava: «tutti noi del mestiere sappiamo che la collegialità è una favoletta» (*sic!*).

<sup>93</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 *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* ad 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.

dell'imparzialità e dell'equidistanza. In concreto non è arduo immaginare che il relatore malizioso abbia potuto indirizzare le attenzioni dei colleghi solo verso alcune questioni, diverse da quelle dirimenti per l'esito della controversia<sup>94</sup>.

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>95</sup> avrebbero potuto orientare la decisione nella stessa direzione<sup>96</sup>.

<sup>94</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. n. 35525 del 16 maggio 2007, 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 volendo ritenere la sentenza perlomeno esistente (come correttamente deve intendersi: 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*, ci 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 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».

<sup>95</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>96</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

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 arbitrare.

Raggiunta la soglia ritenuta sufficiente a far scorgere l'evidenza probatoria perde consistenza l'utilità del ricorso concettuale alla *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 regole causali, secondo il credo della Corte, la nozione di perdita di *chance* sarebbe strumento destinato a rimanere in disparte<sup>97</sup>.

Questo ci sembra essere, in definitiva, il messaggio che giunge dallo scambio duofonico di opinioni tra le due sentenze di prime e seconde cure; un messaggio che conferma la naturale tendenza ad attrarre la *chance* (distillata in I grado) al terreno della causalità (cui riapproda il II grado, infatti).

Tornando alla decisione della S.C. e, in particolare, alle sue pagine sulla *chance* perduta, si coglie l'approccio autocritico ma allo stesso tempo 'orgoglioso' di chi vuole chiarire ciò che reputava aver espresso già limpidamente e cioè che la categoria della “possibilità” a cui aveva fatto riferimento la Cass. n. 21619/2007 «non costituisce una (terza) regola causale insieme a quella penalistica dell'alto grado di probabilità logica/conoscenza razionale e a quella

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 norme di ordine pubblico, altro è desumerne l'esistenza in capo alla corte d'appello di un generale potere di riesame della decisione arbitrare, 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>97</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. n. 975 del 16 gennaio 2009 e poi delegittima dalla successiva Cass. n. 15991 del 21 luglio 2011: v. quanto già detto *supra* in nota n. 37).

civilistica del più probabile che non, ma individua, puramente e semplicemente, l'oggetto della tutela nella fattispecie della *chance*: la possibilità, appunto, quale oggetto di tutela (e non quale regola causale o direttamente danno conseguenza). [...] Ma pur sempre e comunque indagata alla stregua del canone probatorio del “più probabile che non”».

Viene, dunque, riaffermata la consistenza della *chance* come “situazione giuridica oggetto di tutela” la cui lesione merita di essere ristorata al ricorrere degli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, tra cui anche il nesso causale (da indagare secondo i canoni ordinari).

7. *La più recente stagione giurisprudenziale del danno da perdita di chance e gli approdi di Cass. n. 5641 del 2018.*

L'osservazione delle pronunce di legittimità dell'ultimo quinquennio ci consente di apprezzare l'intento di definire un orientamento univoco in materia di perdita di *chance*, nonostante permangano tracce sparse di una residua confusione (secondo noi più che giustificata) tra perdita di *chance* e lucro cessante<sup>98</sup>.

Torniamo ad analizzare una ipotesi di danno da perdita di *chance* di sopravvivenza. Dalla lettura della decisione di Cass. n. 7195 del 27 marzo 2014<sup>99</sup> – ma ancor prima, dalla ivi

<sup>98</sup> Tale confusione, in verità, potrebbe essere dettata dalla imprecisa trasposizione dei principi di diritto enunciati dalla S.C. nelle massime elaborate, dall'apposito Ufficio del Massimario, ai fini della rapida consultazione *online* da parte degli stessi magistrati nonché degli avvocati e degli studiosi, i quali hanno così a disposizione un catalogo delle pronunce più rilevanti e, soprattutto, possono prontamente distinguere tra precedenti conformi e difformi. Il rischio che lo svolgimento di tali operazioni possa talvolta compromettere il senso e la portata delle sentenze è concreto. Con riguardo alle pronunce che stiamo esaminando in materia di perdita di *chance*, ad esempio, abbiamo reperito dalla banca dati *Italgjureweb* la massima di Cass. n. 7193 del 10 aprile 2015: «in tema di responsabilità civile, la domanda di risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non, derivanti da un illecito aquiliano, esprime la volontà di riferirsi ad ogni possibile voce di danno, a differenza di quella che indichi specifiche e determinate voci, sicché, pur quando in citazione non vi sia alcun riferimento, si estende anche al lucro cessante (nella specie, perdita di “chance” lavorativa), la cui richiesta non può, pertanto, considerarsi domanda nuova, come tale inammissibile». Da una tale proposizione si evince che, in un singolo caso di specie – qui si trattava di una controversia nata da incidente stradale – la voce “lucro cessante” può consistere eventualmente nel danno da perdita di *chance* e, dunque, trattandosi di una voce di danno, la relativa richiesta di ristoro non deve considerarsi domanda nuova e, in quanto tale, inammissibile. In realtà dalla lettura integrale del passaggio della sentenza da cui è stata tratta la massima, si può (forse) ridimensionare la sua portata, in quanto manca una assimilazione esplicita del lucro cessante alla perdita di *chance*. Certo è che, in quella occasione, il collegio di legittimità non ha brillato per chiarezza espositiva, là dove – dopo aver enunciato il principio generale per cui la domanda di risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, comprende necessariamente tutte le voci di danno, compreso il lucro cessante – fa riferimento, ma purtroppo del tutto impropriamente, alla «perdita delle *chances* lavorative che l'infortunato, appena diciottenne, avrebbe potuto avere, pur a prescindere dalla certezza che il rapporto di lavoro [...] sarebbe stato effettivamente concluso e si sarebbe protratto per l'intera durata quadriennale prospettata».

<sup>99</sup> Annotata da M. BONA, *Causalità da perdita di chance e “lost years”: nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.* 8-9/2014, 1077 ss. e relativa ad una fattispecie di *chance* che potremmo definire “pura”, a fronte di una patologia oncologica incurabile, rispetto alla quale la corretta esecuzione dell'intervento chirurgico non avrebbe potuto evitare l'esito letale, ma avrebbe potuto quantomeno ritardare il momento del decesso e allungare la vita del paziente anche solo di qualche settimana o mese. La “purezza” della *chance*, in questa e analoghe ipotesi, deriva dalla circostanza che l'unico evento di danno causalmente riconducibile alla condotta illecita è proprio la perdita della possibilità di sopravvivenza e non anche la morte, che sarebbe in ogni caso sopraggiunta in quanto

richiamata Cass. n. 23846 del 18 settembre 2008<sup>100</sup> – emergeva nitidamente che «una volta accertato il nesso causale tra l'errore medico ed il mancato rallentamento della progressione della malattia o comunque tra l'errore medico e l'accorciamento della possibile durata della vita [...] la perdita di questa chance è comunque, in ipotesi, risarcibile, quale entità a sé, giuridicamente ed economicamente valutabile. La percentuale astratta di realizzabilità della chance, nel caso di specie il 41%, diventa oggetto di indagine, in un secondo momento, quando, tenuto conto della particolare situazione concreta, si dovrà addivenire alla quantificazione del risarcimento. Ed invero [...] nel giudizio di liquidazione del danno da perdita di chance verranno ad assumere rilievo sia l'aspetto della prossimità della situazione fattuale al conseguimento del risultato sperato, sia il profilo della maggiore o minore idoneità a garantire questo risultato», per concludere che, nel caso di specie, il parametro di riferimento non poteva che essere «la riduzione del periodo di sopravvivenza provocata dall'errore medico, nonché alla percentuale di possibilità astratta di conseguire il risultato massimo raggiungibile, data la situazione concreta».

A ben vedere il modello risultante dalla pronuncia del 2014 scontava il peso di qualche (legittima) contraddizione residua, nonostante lo sforzo profuso dalla giurisprudenza nel progetto di accogliere convintamente il modello unitario della *chance* come bene di per sé rilevante.

Emergeva la consapevolezza di poter attribuire alla possibilità di risultato almeno due significati e funzioni; e vedremo come quella intuizione, pur nella sua apparente contraddittorietà, indichi secondo noi una via più plausibilmente percorribile.

Si distingueva, così, tra una «perdita di *chance* intesa come danno, in sé, risarcibile» e una «perdita di *chance*, quale conseguenza dannosa risarcibile di un diverso evento di danno, dato dalla lesione di altro bene giuridico, quale ad esempio – per restare nel campo del danno alla persona da responsabilità medica – il diritto alla salute.

In questa seconda accezione, la perdita di *chance* rileva soltanto sotto il profilo della consequenzialità immediata e diretta *ex art.* 1223 cod. civ. rispetto alla lesione, già accertata come causalmente connessa alla condotta dell'agente, dell'integrità psico-fisica; nella prima accezione la perdita di *chance* è, in sé, danno evento causalmente connesso alla condotta dell'agente»

Eppure iniziavano a sedimentarsi alcuni primi punti fermi così di seguito brevemente sintetizzabili. Innanzitutto l'accertamento del nesso di causalità nelle ipotesi di danno da

causata dalla grave patologia. Quando è possibile escludere con certezza (*rectius*: ragionevole certezza processuale) la relazione causale tra illecito ed evento finale, l'unico evento cagionato non può più dirsi "intermedio" e, pertanto, esso viene in rilievo come unico ed autonomo danno risarcibile.

<sup>100</sup> Che riguardava un caso di danno da perdita delle *chances* di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente. V. il commento di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, *op. cit.*, 284 ss., la quale si premura di rimarcare che la corretta interpretazione del danno da perdita di *chance* come un'autonoma figura di danno consente di escludere ricostruzioni alternative (che pure erano state avanzate) tese a sostenere che il riconoscimento di un tale danno sarebbe la riprova dell'esistenza di una causalità civile "probabilistica" o "possibilistica", distinta da quella penale. V. anche le note alla stessa sentenza di V. AMENDOLAGINE, *La risarcibilità del danno da perdita di "chance" conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*, in *Corr. giur.* 6/2009, 809 ss. e N. CALCAGNO, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale*, in *Danno e resp.* 2/2009, 155 ss.

perdita di *chance* non si sottrae alla ordinaria operatività del “più probabile che no”, nel senso che non può dirsi configurabile una “causalità da perdita di *chance*” alternativa e a percentuale ridotta rispetto a quella “ordinaria”<sup>101</sup>. Anzi, proprio il «convinto richiamo [che la stessa pronuncia fa] alla regola probabilistico-probatoria del “*more likely than not*” smentisce ulteriormente la tesi secondo cui ci si ritroverebbe dinanzi ad una “*relaxed causation*”<sup>102</sup>.

Della sentenza qui in esame è importante ricordare – in aggiunta alle significative prese di posizione in punto di causalità – anche la scelta di disconoscere la teoria c.d. eziologica e di optare, invece, per la convinta adesione alla tesi dell’autonomia della *chance* dal risultato atteso.

Nel censurare la decisione della corte d’appello in punto di qualificazione del danno da perdita di *chance*<sup>103</sup>, la S.C. rilevava che il giudice di merito, pur avendo correttamente preso le mosse dalla definizione di *chance* enunciata da Cass. n. 4400 del 2004, ne traeva conclusioni errate, introducendo una distinzione tra *chances* risarcibili e non risarcibili «a seconda che la possibilità di conseguire il risultato utile [fosse] superiore o inferiore al 50%» (questa sarebbe, infatti, la via da seguire secondo la concezione eziologica che, come visto, attrae la valutazione sul nesso di causalità al piano della verifica della “consistenza” della *chance*; e abbiamo già denunciato la confusione che tale *modus cogitandi* comporta, determinando una sostanziale obliterazione dell’indagine sul nesso causale, impropriamente sostituita dall’accertamento della concretezza della *chance*).

<sup>101</sup> È vero che la Cassazione del 2014 si esprimeva in questi termini (in effetti alimentando possibili equivoci), ma riteniamo di interpretare correttamente quella dicotomia tra causalità “ordinaria” e “da *chance* perduta”, nel senso che l’accertamento della causalità è, a seconda dei casi, riferibile a due beni distinti, come testimoniato dal riferimento al noto precedente di Cass. n. 4400 del 4 marzo 2004 che ha decretato il riconoscimento della *chance* come bene autonomamente suscettibile di lesione e corrispondente tutela. Come osserva M. BONA, *op. ult. cit.*, 1084, «quale che sia la corretta lettura della sentenza d’appello (equivoco/confusione oppure lucida determinazione a circoscrivere la portata della dimensione di analisi del nesso di causa fondata sul valore della *chance*), è, in ogni caso, incontestabile come i giudici di legittimità siano pervenuti a rigettare, relativamente alla risarcibilità della privazione di *chance* quale danno-evento, il requisito della misura percentuale minima del 50% di possibilità di accedere al risultato positivo».

<sup>102</sup> Si discosta dall’orientamento in commento M. BONA, *op. ult. cit.*, 1085. Lo stesso A., invero, utilizza la locuzione “causalità da perdita di *chance*” di modo da lasciar intendere che dovrebbe essere trattata alla stregua di una distinta regola causale (si riferisce alla *loss of chance* anche nei termini di “*doctrine* della causalità: cfr. 1089) e ritiene che la valutazione degli elementi capaci di dare consistenza alla *chance* così da consentire la liquidazione del danno dovrebbe essere anticipata al momento della determinazione del nesso di causalità. «Difatti, in tutta evidenza l’ascrivibilità della privazione di *chance* all’inadempimento del convenuto implica che si valutino circostanze (per esempio, eventuali stati pregressi) tali da escludere la consecuzione del risultato in assenza dell’errore medico» (cfr. 1086). Tale posizione si riesce a cogliere più esattamente, se si considera che lo stesso Bona, in *Causalità civile: il decalogo della Cassazione*, cit., aveva aderito alla tesi della “causalità da perdita di *chance*” propugnata da Cass. n. 21619 del 2007.

<sup>103</sup> Secondo quanto riportato dalla stessa sentenza di cassazione, la decisione della corte d’appello di Trieste n. 219 del 2007 aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, decidendo di aderire all’orientamento della giurisprudenza di legittimità che negava il ristoro della *chance* perduta a fronte di valori percentuali di possibilità di realizzare il risultato inferiori al 50% (messo da parte – perché riferito alle diverse fattispecie in materia di rapporti di lavoro – l’opposto orientamento secondo il quale il danno da perdita di occasione favorevole sarebbe risarcibile anche a seguito del riscontro di percentuali inferiori al 50%).

7.1. (segue) la tesi della *chance* quale entità ontologicamente distinta tanto sul piano economico quanto su quello giuridico sembra predominante nelle ultime sentenze della S.C., ma non pochi dubbi permangono.

Proseguendo ad analizzare le più recenti pronunce del giudice di legittimità, può notarsi come Cass. n. 243 del 10 gennaio 2017<sup>104</sup> non enunci a chiare lettere il principio (apparentemente ormai consolidato) dell'autonomia della fattispecie di danno da perdita di *chance*, sulla scia del *leading case* del 2004; anzi, detta una diversa (non proprio contrastante) *regula iuris* per il caso concreto, sostenendo che – a fronte dell'inadempimento del ginecologo per non aver prescritto gli accertamenti idonei a rivelare lo stato di salute del feto (nella specie, l'amniocentesi) – «ove la gestante lamenti di avere subito un danno alla salute psico-fisica, per avere avuto la “sorpresa” della condizione patologica del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita di quella *chance* dev'essere considerata una parte di quel danno ascrivibile all'inadempimento del medico».

Parrebbe di intendere, almeno con riferimento alla fattispecie in esame, che il danno da perdita di *chance* possa rappresentare una porzione del danno “principale” ascrivibile all'inadempimento del professionista.

Una simile conclusione può essere tratta anche mutuando gli argomenti svolti da Cass. n. 6488 del 14 marzo 2017 che etichetta il danno da perdita di *chance* come un «danno patrimoniale futuro» distinto dal danno alla salute, almeno quando «le *chances* che si assumono perdute attengono alla futura attività lavorativa del soggetto danneggiato a causa dei postumi permanenti della lesione alla salute».

Questo l'assunto dichiarato. Del resto, in tal ultimo arresto, come in tutte le sentenze successive a Cass. n. 4400 del 2004 (almeno con riguardo al filone della *chance* di sopravvivenza), la S.C. si premura di ribadire – quasi come fosse una clausola di stile – che la *chance* non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma violazione.

In altre parole, non manca mai l'adesione formale alla impostazione c.d. ontologica, ma emerge pur sempre una certa confusione (quasi fisiologica) derivante dalla impossibilità di stabilire confini certi tra *chance* perduta da un lato e, dall'altro, lucro cessante, danno futuro, causalità alternativa.

Senonché, secondo il giudice di legittimità, non ha errato la corte d'appello nell'aver valutato l'incidenza del danno sulle facoltà intellettive della (all'epoca dei fatti) minore, ai fini della “personalizzazione” del danno biologico e dell'incremento del risarcimento tabellare. Il ragionamento della S.C. ci pare essere il seguente: perché si possa riconoscere il risarcimento specifico di un danno da perdita di *chance* è necessario che l'attore provi «la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita» e cioè, con riferimento al caso di specie, «che il danno alla

<sup>104</sup> Si trattava di un caso di inadempimento, da parte del medico, dell'obbligo informativo nei confronti della gestante, la quale è stata così privata della *chance* di conoscere lo stato del feto prima del parto. V. la nota di M. CORTESE, *Nascita indesiderata o conseguenze da nascita malformata: insoliti profili risarcitori e prova del nesso causale*, in *Danno e resp.* 4/2017, 507 ss., il quale evidenzia come la sentenza in commento riguardi una fattispecie distinta dal danno da nascita indesiderata, derivante non già dalla impossibilità di determinarsi nella decisione della interruzione di gravidanza, quanto piuttosto dalla circostanza di non aver potuto proseguire la gravidanza con la consapevolezza che il bambino sarebbe stato affetto dalla sindrome di *Down*.

salute gli ha precluso l'accesso a situazioni di studio o di lavoro tali che, se realizzate, avrebbero fornito anche soltanto la possibilità di maggiori guadagni».

In ultima analisi, si impone al danneggiato l'onere di provare la concreta realizzabilità dei risultati vantaggiosi sperati e perduti a causa del danno alla salute, il che significa voler trattare la perdita di *chance* come una qualsiasi conseguenza risarcibile del danno bisognosa di adeguata prova; e, di conseguenza, comporta la necessità logica di ripudiare la premessa della esistenza di una situazione giuridica di possibilità di un risultato indipendente dalla concretizzazione del risultato stesso<sup>105</sup> (a meno di non voler suggerire una interpretazione alternativa del concetto di entità patrimoniale di rilievo sia giuridico che economico, nel senso che essa possa intendersi non solo come una situazione giuridica soggettiva, ma anche come una posta di danno suscettibile di autonoma considerazione; se non fosse che questa dicitura tralaticciamente ribadita dal giudice di legittimità è nata proprio per rispondere all'esigenza di "entificare" la *chance*).

*7.2. Le nostre riflessioni a margine dell'ultimo significativo arresto della giurisprudenza di legittimità sulla perdita di chance (medica).*

Orbene un lungo (e non sempre lineare, come si è visto) percorso ha condotto il giudice di legittimità fino al recentissimo arresto di Cass. n. 5641 del 9 marzo 2018<sup>106</sup>, che intende proporsi come risolutivo delle problematiche 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 del rapporto parentale, lamentato (e riconosciuto in primo grado) dai congiunti<sup>107</sup> di una paziente a cui era stato

<sup>105</sup> La reale portata della sentenza appena ricordata e il senso del rapporto di "esclusione reciproca" tra danno biologico e danno da perdita di *chance* nelle controversie di responsabilità sanitaria possono, forse, apparire più chiari grazie alla lettura di Cass. n. 3692 del 15 febbraio 2018, secondo cui il danno da perdita di *chance* non può coesistere con il danno biologico «che presuppone l'accertamento di un elemento ulteriore, ossia che l'illecito (o l'inadempimento) non abbia semplicemente leso una possibilità, ma si sia concretizzato in una menomazione dell'integrità psico-fisica e – dunque – che sia risultato accertato un nesso causale fra lo stesso e il danno alla salute»; e ancora «il riconoscimento congiunto del danno da perdita di *chance* e di quello biologico comporterebbe dunque la necessità di affermare che, accertato un concreto nocumento alla salute conseguente alla condotta del sanitario, il danneggiato conservi il diritto a essere risarcito per la perdita di una *chance* di cura, che è tuttavia superata dall'avvenuta lesione dell'integrità psicofisica, in una relazione di assorbimento tra "contenente" e "contenuto"; il che non può essere consentito, se non a pena di un'inammissibile duplicazione delle voci risarcitorie».

<sup>106</sup> Su cui hanno riflettuto S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 9/2018, 1285 ss.; R. PUCCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, *ibidem* 11/2018, 1684 ss.; B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.* 7/2018, 904 ss., che annota congiuntamente Cass. n. 5641 del 9 marzo 2018 e Cass. n. 6688 del 19 marzo 2018; D. ZORZIT, *La Cassazione e lo "statuto" della perdita di chance: incertezza (di nessi) e possibili suggestioni sul "ritorno" del danno da perdita della vita*, in *Danno e resp.* 2/2019, 271 ss.

<sup>107</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



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 *supra* richiamato che valorizza il *petitum* della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* – 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 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 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 – [...]».

### 7.3. (segue) la distinzione tra *chance* patrimoniale e non patrimoniale.

Ci sia consentita una parafrasi ragionata dei molti argomenti proposti dalla pronuncia *de qua*. Innanzitutto, il giudice deve tenere in considerazione la distinzione tra *chances*

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. SS.UU. n. 15350 del 22 luglio 2015. Si interroga sul punto D. ZORZIT, *op. ult. cit.*, 281-282.

patrimoniale e non patrimoniale<sup>108</sup>, con riguardo tanto all'aspetto morfologico quanto a quello operativo della liquidazione del danno (cfr. da p. 16, par. 4.2. a p. 18 della sentenza)<sup>109</sup>.

La fase di accertamento del valore della *chance* perduta – che deve avvenire, in ogni caso, in via equitativa – dà prova 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

<sup>108</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. n. 6688 del 19 marzo 2018, 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 pronuncia conferma l'intento di superare quell'orientamento giurisprudenziale che ha classificato come danno da perdita di *chance* fattispecie di danno che, invece, attenevano ad altri beni, di cui il paziente era già titolare (quali la durata o la qualità della vita). Tuttavia, la stessa pronuncia critica la situazione di disparità che viene così a crearsi tra il malato grave che, però, ha ancora dinanzi a sé la possibilità di sopravvivere per qualche anno (casi di c.d. lungo-sopravvivenza) e il malato terminale, che potrà sopravvivere al più qualche settimana o mese. In questo ordine di idee, mentre nel primo caso la prospettazione di un danno da perdita di *chance* non risulta “eccentrica” – perché, in effetti, si può rinvenire una possibilità di sopravvivere per qualche tempo –, ove la patologia che affligge il paziente sia giunta ad uno stadio avanzato, tale per cui anche il corretto intervento medico non influirebbe sul decorso fatale, risulta più difficile riconoscere la perdita di una *chance* di sopravvivenza (al più potrà essere ristorato, in quanto provato, un «danno alla qualità della vita nel tempo finale»). Il che equivale a dire che solo *chances* che superino la soglia del 50% meritano di essere giuridicamente tutelate, partendo dal non condivisibile presupposto che gli anni valgano più dei mesi di vita, in un contesto in cui sono peraltro entrambi incerti. La disparità in effetti si crea; tuttavia, non si può negare che, perlomeno in termini di individuazione di un danno risarcibile, la stima della sopravvivenza del paziente in mesi o anni di vita abbia un'indubbia rilevanza.

<sup>109</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». 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.

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) 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>110</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).

*7.4. (segue) la perdita di chance non giustifica una riduzione della soglia necessaria a provare la relazione di causalità e non si può spiegare né nei termini della teoria eziologica né secondo quelli della opposta teoria ontologica.*

Il riferimento esplicito alla pronuncia del 2007 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 «evoca una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall’esistenza e dalla prova di un danno risarcibile»<sup>111</sup>. Il giudice di legittimità prende

<sup>110</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>111</sup> R. PUCELLA, *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 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

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 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 dei familiari<sup>112</sup>) le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio 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>113</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.

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, alcun danno sarà risarcibile (qui l'A. sembra in linea con le conclusioni di Cass. n. 5641, 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>112</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 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>113</sup> Come visto, solo in ipotesi di *chance* patrimoniale, il valore della stessa può essere parametrato al valore oggettivo del risultato perduto.

La perdita di *chance* viene definita come un «diminutivo astratto dell'illecito»<sup>114</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 *all or nothing* (cfr. pp. 23-25).

Lo svolgimento argomentativo pare sempre di stretta coerenza logica: la sentenza si caute 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 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 volontà di ammettere un risarcimento proporzionale.

Il fatto che il principio di integralità del risarcimento intervenga solo al momento della quantificazione del risarcimento e non a livello causale 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>115</sup>.

Tutto ciò non è condivisibile nella prospettiva della teoria c.d. ontologica: ammettere che il ristoro della perdita di *chance* (“diminutivo astratto dell'illecito”) sia funzionale al temperamento del risarcimento integrale significa tornare a porre la *chance* in relazione con il risultato finale perduto.

Invero un tale approccio non sorprende, se si bada al fatto che la pronuncia sconfessa la tesi ontologica (come anche quella eziologica). Questo approccio filtra ancora più esplicitamente dalla lettura della pronuncia di Cass. n. 6688 del 19 marzo 2018<sup>116</sup>, in cui il collegio di legittimità palesa una certa perplessità nell'ammettere che la legittimazione della

<sup>114</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.

<sup>115</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>116</sup> Su cui v. le riflessioni esposte *supra*, in nota n. 112.

*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 *chance* perduta in misura proporzionale alle possibilità di raggiungere il risultato sperato.

Ciò è possibile solo riferendo l'indagine sul nesso causale alla *possibilità* invece che al *risultato*; poiché, altrimenti, la liquidazione proporzionata sarebbe inevitabilmente la traduzione di un proporzionamento anche del nesso causale. In altre parole – perché la contemplazione del rapporto tra possibilità e risultato finale non scompagini il presidio di regole sull'accertamento del nesso causale – essa può collocarsi solo nella fase di quantificazione del pregiudizio.

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 del professionista).

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.

*In medio stat* la perdita di *chance*: alla donna basterà dichiarare (*sic!*), e quindi rendere edotto il giudice dei suoi sinceri dubbi su quale sarebbe stata la decisione, per ottenere il risarcimento della possibilità perduta<sup>117</sup>. Restano aperti gli interrogativi su come sia possibile provare tale incertezza, al di là della sindacabile affermazione di una volontà espressa con il senno di poi: dovrebbe ella forse allegare fatti e circostanze tali da testimoniare, ora per allora, una paralizzante incapacità di decidere?

8. *L'esigenza di radicare la chance in una situazione giuridica soggettiva: lo "stratagemma" del diritto all'integrità del patrimonio e le pronunce della sezione lavoro sulla perdita di chance.*

<sup>117</sup> Concordiamo con B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 915, il quale evidenzia la scelta poco felice di affidare la corretta definizione dei contorni della *chance* alla "lealtà processuale" della gestante.

Abbiamo già rievocato, qualche pagina fa, le pronunce della Cass. sez. lav. n. 6906 del 19 novembre 1983<sup>118</sup> e n. 6506 del 19 dicembre 1985<sup>119</sup>, nelle quali la S.C. riconosceva nel pregiudizio subito dall'attore una lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, ritenuta quale "entità economicamente e giuridicamente valutabile"; e cioè si trattava di un danno emergente certo (da tenere, dunque, distinto dal lucro cessante), definibile, in ultima analisi, nella perdita di una "possibilità attuale", piuttosto che di un futuro risultato.

<sup>118</sup> In cui si trattava di un caso in cui l'azienda non aveva sottoposto gli autisti avviati dall'ufficio di collocamento alle restanti prove di cultura elementare e di guida, così sottraendo loro la possibilità di essere assunti. Come osserva E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.* 6/1984, 1841 ss., la S.C. ha aderito alla tesi del Bocchiola della perdita di *chance* come danno emergente, poiché l'accostamento al lucro cessante lo renderebbe un pregiudizio, di fatto, indimostrabile. La sovrapposizione tra la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile e la asserita lesione del diritto all'integrità del patrimonio è una soluzione da non incoraggiare, secondo M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 88, poiché si tratta di una opzione che «tende a collocare la *chance* nell'area del danno ingiusto e non in quella del danno (patrimoniale) risarcibile della seconda parte dell'art. 2043 c.c.». La perdita di *chance* deve essere collegata alla lesione di un interesse protetto, perché sia risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma è importante tenere a mente, secondo l'A., che la situazione giuridica protetta e la perdita economica causalmente riconducibile al fatto illecito, si collocano su due piani distinti.

<sup>119</sup> Riguardante 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. il commento di A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, in *Foro it.* 1/1986, 383 ss., la quale non esitava nel ritenere che: «con l'espressione "perdita di una probabilità favorevole", infatti, non si fa riferimento a un danno distinto dal danno finale, si descrive solo una sequenza causale. Non aver fatto sostenere la prova di guida agli autisti ha contribuito a determinare, secondo una certa probabilità, il danno finale: se avessero sostenuto regolarmente la prova, gli operai avrebbero avuto 60 probabilità su cento di essere assunti, sì che hanno diritto a un risarcimento rapportato a questa probabilità [si fa riferimento alla vicenda di Cass. n. 6906 del 1983, su cui v. la nota precedente]». L'A. evidenziava altrettanto nitidamente i corollari processuali di tale impostazione: «il giudice che concedesse all'attore il risarcimento per la perdita di una *chance* non modificherebbe l'oggetto della domanda né i termini del litigio, ridurrebbe soltanto l'entità del risarcimento rapportandolo al tasso percentuale di incidenza della condotta del convenuto sul danno finale. Dimostrata la colpa del soggetto agente e quindi l'*an* della responsabilità, si tratta di determinare il *quantum* del risarcimento». Volendo riassumere la posizione appena esposta, la perdita di *chance* è strumento di descrizione del nesso causale, da adoperare nella fase di liquidazione del danno (il che ci fa pensare alla tesi di Trimarchi, su cui v. *supra*). Commentò la stessa pronuncia del 1985, anche A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giur. it.* 1/1986, 1181 ss., rimarcando la distinzione tra l'aspettativa di fatto (non risarcibile) e l'aspettativa giuridica, concretizzata, nel caso di specie, nel diritto a partecipare alla prova orale di un concorso dopo aver superato le prove scritte. L'A. condivideva la soluzione della S.C., nel senso di qualificare il relativo danno come attuale ed emergente (e non alla stregua di danno futuro o lucro cessante), da risarcirsi in via equitativa o nella misura risultante dalla applicazione di un coefficiente di riduzione alle retribuzioni a cui il lavoratore avrebbe potuto aspirare se solo fosse stato ammesso alla prova orale. La precisazione finale del breve commento è essenziale (e non in linea con il *dictum* della S.C.): secondo De Cupis, «pur quando la "chance" corrisponde ad una possibilità di vittoria non superiore alla misura del 50%, un risarcimento correlativamente limitato, spetta tuttavia al soggetto la cui "chance" è stata illecitamente lesa. Invero, quando la "chance" per la sua legittimità, è giuridicamente protetta, la sua lesione pregiudica pur sempre un elemento attuale del patrimonio del soggetto. Il risarcimento dovrà esservi, salva la limitazione del suo *quantum*».

Si riteneva altresì, sul fronte della prova di tale danno, necessario (e al contempo sufficiente) che l'attore dimostrasse (anche in via presuntiva) che il risultato anelato fosse conseguibile con una probabilità superiore al 50%<sup>120</sup>.

Proprio il riferimento alla perdita della possibilità del risultato, in luogo della perdita del risultato stesso, era funzionale a garantire la sussistenza dei caratteri di certezza ed attualità del danno, che altrimenti sarebbe risultato solo ipotetico ed eventuale.

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*<sup>121</sup>.

Gli spunti di riflessione sono innumerevoli. Tanto per cominciare, non può passare inosservata la menzione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio<sup>122</sup> – per la cui tutela

<sup>120</sup> E nel caso di cui alla pronuncia del 1985, risultava che solo 24 candidati su 91 non avevano superato la prova orale (così la sentenza a p. 13).

<sup>121</sup> C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.* 2/2003, 296 ss., osservava, proprio a proposito di Cass. n. 65096 del 1985, 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». L'unica via per scampare la contraddizione è, secondo l'A., ragionare come M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., 824, secondo il quale la prova della probabilità di realizzazione del risultato non atterrebbe al momento di liquidazione del danno (perché ciò equivarrebbe a ristorare proprio la perdita del risultato finale), ma alla determinazione stessa dell'evento di danno.

<sup>122</sup> A cui la giurisprudenza ha iniziato a far riferimento nel caso *Failla c. Paskover ved. De Chirico*, deciso da Cass. n. 2656 del 4 maggio 1982, in *Foro it.* 1/1982, 2864 ss.; sul caso De Chirico, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, IV ed., Milano, 2018, 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. n. 4755 del 25 luglio 1986, con note di M. LIBERTINI, in *Nuova giur. civ. comm.* 3/1987, 386 ss. e di P. BALZARINI, *Concorrenza sleale tra imprenditori operanti a diverso livello nel mercato, violazione del diritto all'integrità patrimoniale dell'imprenditore, azione inibitoria*, 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 illustre A., si veda pure il suo *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1984, 297 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



l'attore agisce in giudizio e a cui è sotteso un "bene patrimoniale" consistente nell'occasione di profitto, funzionale al riconoscimento della tutela aquiliana<sup>123</sup>, nell'epoca in cui l'ingiustizia del danno era ancora imprescindibilmente legata alla lesione di un diritto soggettivo, prima che questa ultima figura venisse affiancata da altri interessi giuridicamente protetti o situazioni soggettive rilevanti<sup>124</sup>.

precisi "contorni" dei diritti soggettivi nominati ma autorizzano i giudici ad individuare profili di illiceità attraverso una valutazione *comparativa* degli interessi in conflitto (Fikentscher, *Schuldrecht*, 1965, 562)». La stessa giurisprudenza italiana, a fronte dei problemi causati dagli scioperi selvaggi, ha creato un vero e proprio diritto-quadro definendolo "diritto alla idoneità produttiva" dell'imprenditore, della cui tutelabilità in via aquiliana l'A. dubitava, considerando che la protezione dell'imprenditore apprestata dal codice è rivolta specificamente ai beni aziendali. Il problema della risarcibilità del danno meramente patrimoniale sollecita l'interrogativo circa la relazione tra la tecnica – anch'essa di matrice germanica – della "norma di protezione" con la clausola di ingiustizia del danno che, nella concezione tradizionale, si fonda piuttosto su norme (direttamente) attributive di diritti. Le norme di protezione, invece, non hanno bisogno di diritti formalmente riconosciuti, ma «si accontenta[no] di individuare nelle norme dell'ordinamento *anche* lo scopo "di protezione" di interessi di singoli» (v. spec. p. 316-322).

<sup>123</sup> Nei casi di specie menzionati la S.C. si trovava di fronte a rapporti contrattuali non ancora perfezionati, a causa della illegittima esclusione dal compimento delle prove finali necessarie all'assunzione, di talché la pretesa risarcitoria veniva azionata ai sensi dell'art. 2043 c.c.

<sup>124</sup> La letteratura sull'ingiustizia del danno sarebbe sterminata. Tra i classici, è imprescindibile la lettura di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, secondo cui l'elemento discrezionale dell'illecito aquiliano doveva essere la lesione di una situazione giuridica comunque protetta dall'ordinamento; 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., il quale leggeva nella clausola di ingiustizia l'espressione del principio del *neminem laedere*. Servendosi dei preziosi strumenti dell'analisi comparatistica, P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, spec. 91 ss., indaga le 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» (*sic!*).

Per una riflessione accurata 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. Concordiamo con l'A. nel ritenere che non sia 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*, 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). Del resto, la storica sentenza della Cass. n. 500 del 22 luglio

8.1. (segue) la necessità di inquadrare la chance tra le situazioni giuridiche soggettive nasceva dall'esigenza di rispettare la clausola di ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c.

Come osservato da attenta dottrina<sup>125</sup>, la giurisprudenza di legittimità tentava di rispettare gli (allora ancora) rigidi confini della clausola di ingiustizia del danno, creando una «figura tendenzialmente amorfa di diritto soggettivo assoluto, in contrasto con l'insegnamento tradizionale che nega l'esistenza di un diritto soggettivo sul patrimonio»<sup>126</sup>.

Le Corti tendevano a forzare le maglie della clausola generale, pur mantenendo intatto lo schema tradizionale di riferimento alla categoria del diritto soggettivo e, dunque, ragionavano inizialmente non nel senso di ammettere che situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo potessero rientrare nella tutela ex art. 2043 c.c., ma di qualificare artificiosamente come diritti soggettivi varie situazioni soggettive rilevanti, anche sul piano del mero fatto.

Il secondo aspetto da considerare è che, negli anni in cui la sezione lavoro pronunciava tali sentenze, la prova del danno da responsabilità civile non era ancorata al criterio del “più probabile che no”: solo diversi anni dopo la giurisprudenza, assistita dalle riflessioni dottrinali specialmente dei penalisti, giungerà a postulare la netta distinzione tra criteri di accertamento della causalità civile e penale.

Nel leggere un passaggio della seconda delle due sentenze appena rievocate<sup>127</sup>, si ha la netta impressione di un uso della figura della perdita di chance strumentale alla giustificazione di un affievolimento del canone probatorio, come a dire che, trattandosi di un bene “ridotto”

1999 – 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. La stessa *ratio* è stata, poi, replicata rispetto alla chance perduta, nel senso di prescrivere al giudice un giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa e, dunque, sulle probabilità di esito favorevole.

<sup>125</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, voce “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, sul punto 1204-1205.

<sup>126</sup> In questi termini, P.G. MONATERI, D. GIANTI e L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e Risarcimento*, cit., 59.

<sup>127</sup> «Siffatto danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto e attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato) non va commisurato alla perdita del risultato (e cioè, ad esempio, alla somma delle retribuzioni che sarebbero spettate ove l'esame orale fosse stato superato), ma alla mera possibilità di conseguirlo» (così Cass. n. 6506 del 1985, p. 14).

e “contenuto” in quello finale (seppur economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione), il giudice può accontentarsi di una prova di carattere probabilistico che non raggiunga il livello della “certezza” processuale, ma superi quantomeno la soglia del 50%<sup>128</sup>.

Una siffatta impostazione può mostrarsi scontata al giurista contemporaneo, più avvezzo ad addomesticare la difficile (talvolta diabolica) prova del nesso causale tramite il ricorso alla regola del “più probabile che no”.

L’artificio allora è duplice: da un lato, la S.C. imbastiva il discorso a partire dalla lesione di un presunto diritto soggettivo all’integrità del patrimonio, per dotare di rilievo giuridico, ai fini della tutela *ex art.* 2043 c.c., la perdita della possibilità di risultato; dall’altro, una volta aperte le porte della tutela aquiliana della perdita di *chance*, l’utilizzo di questo pregiudizio (legittimato dalla lesione di un presunto diritto soggettivo) si prestava a superare l’ostacolo della prova di un danno certo e attuale da perdita del risultato finale, salvo poi recuperare il nesso con quello stesso risultato attraverso l’onere di provare la concretezza e serietà delle probabilità di successo.

#### *8.2. Le più recenti sentenze sul danno da perdita di chance in materia giuslavoristica.*

Difatti, guardando anche le più recenti soluzioni giurisprudenziali, il rapporto tra perdita di *chance* e mancato ottenimento del risultato finale pare ripresentarsi costantemente come la relazione di una parte con il tutto.

Possiamo considerare riassuntiva dell’orientamento maggioritario la pronuncia di Cass. SS.UU. n. 21678 del 23 settembre 2013, a cui si deve la riaffermazione (e con l’autorità del massimo consesso di legittimità) 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 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 [...].»

<sup>128</sup> Il superamento della soglia numerica del 50% non è un dato univoco (e, anzi, a dire il vero, sempre più disconosciuto per la sua non utile rigidità) nella giurisprudenza di legittimità: v., *ex multis*, Cass. n. 6657 del 13 giugno 1991 e Cass. n. 4725 del 22 aprile 1993 (massimate in *Italggiureweb*), le quali fanno riferimento ad una non trascurabile probabilità favorevole, ma esplicitano che il raggiungimento della predetta soglia non è dirimente.

Eppure si deve registrare un dato dissonante rispetto a quanto appena riportato: infatti alcune sentenze pronunciate successivamente alle sezioni unite del 2013<sup>129</sup>, impongono all'attore di provare non semplicemente una "concreta, effettiva e non ipotetica probabilità" di conseguire il risultato, ma piuttosto una probabilità tanto elevata da dover risultare "prossima alla certezza".

Riscontriamo in tale ultimo orientamento una certa 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 competenze in altri concorsi)

<sup>129</sup> V. da ultimo la già citata Cass. n. 11165 del 9 maggio 2018 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 stata raggiunta la prova del 90% di probabilità di ottenere la promozione (*sic!*). 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. n. 11906 del 12 maggio 2017, in *Italgisureweb*, 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. n. 25727 del 15 ottobre 2018 – 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. n. 5119 del 3 marzo 2010 e Cass. n. 3415 del 5 marzo 2012 (di tutte le pronunce citate sono disponibili il testo integrale e la massima nella banca dati *Italgisureweb*). Si veda anche la pronuncia di Cass. n. 20408 del 25 agosto 2017, (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.

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

Si tratta della tipica e – a quanto pare – logicamente inevitabile contraddizione del 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*.

Tuttavia dobbiamo constatare una certa 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.

La pronuncia delle Sezioni Unite n. 5072 del 15 marzo 2016, nel tentativo di dare seguito alla normativa comunitaria in materia e alle indicazioni della Corte di Giustizia, 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 (rimedio classico nel settore privato), prevede il diritto al risarcimento del danno del lavoratore<sup>130</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.

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.

Così pronunciandosi, la S.C. si è discostata dalla propria giurisprudenza, 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 che, come visto, anche nell'ambito di quella giurisprudenza abbiamo riscontrato delle contraddizioni tra un indirizzo più rigoroso e un altro più favorevole al lavoratore)<sup>131</sup>.

<sup>130</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.

<sup>131</sup> Ci sia consentito aprire una parentesi sul danno da perdita di *chance* nelle fattispecie (su cui non indugiamo qui poiché non ci è parso che esse presentino risvolti problematici peculiari) di risarcimento del danno nell'ambito dei rapporti societari, in cui emerge la stessa problematica – che può dirsi l'unica davvero comune a tutte le ipotesi in cui emerge un pregiudizio da occasione perduta – della consistenza probatoria della *chance* pretesa (che si pretende debba essere sempre "apprezzabile" e "seria"). Di recente la pronuncia di Cass. n. 29829 del 20 novembre 2018 (in *Italggiureweb*), ha risolto un caso di illecito

### 8.3. Le azioni a difesa dell'aspirante lavoratore la cui chance di successo sia stata sacrificata.

Al di là delle vistose incertezze sui parametri di riferimento per la prova del danno e delle specificità delle fattispecie concrete, in definitiva possiamo così schematizzare le azioni a disposizione del danneggiato: egli 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 (se non nei termini di conseguenza risarcibile del danno – secondo noi sussumibile entro la figura del lucro cessante – consistente, ad esempio, nell'ingiusto sacrificio della possibilità di ottenere eventuali ulteriori avanzamenti futuri di carriera).

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 (ove ciò gli sia stato impedito anche solo parzialmente), sostanziata da quella “posizione strumentale”<sup>132</sup> del lavoratore che consiste nel suo profilo professionale e, dunque, in tutte le sue capacità e competenze investite nell'espletamento delle prove predisposte dal datore di lavoro<sup>133</sup>.

commesso da un terzo nei confronti di una società in accomandita semplice (con conseguente scioglimento, messa in liquidazione ed impossibilità di prosecuzione dell'attività sociale), riconoscendo al socio il ristoro del danno da perdita della possibilità di percepire gli utili come perdita di *chance*, «atteso che esso non consiste nella perdita di un vantaggio economico ma nella perdita della concreta possibilità di conseguirlo e deve essere provato dal socio danneggiato, anche in via presuntiva, in termini di “possibilità perduta” la quale, oltre a rispondere ai parametri di apprezzabilità, serietà e consistenza, va accertata nell’ “an” dal giudice di merito sulla base del criterio del “più probabile che non” e stimata nel “quantum” con valutazione equitativa» (così recita la massima della sentenza reperibile in *Italgireweb*). Del resto la *chance* non è una novità neanche per la dimensione del diritto societario: già anni fa R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società* 5/1993, 617 ss., notava – con riguardo al danno sofferto dal patrimonio sociale a causa del comportamento non attivo ma omissivo dell'amministratore – come potesse risultare ardua la prova in concreto del danno subito, poiché in sostanza poteva lamentarsi solo la perdita di un'opportunità di guadagno, il che pone(va) un problema da risolvere con «i criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di danno da perdita di *chance*». In senso analogo, v. anche le riflessioni di G. FACCI, *La valutazione del danno in via equitativa, il criterio della differenza dei netti patrimoniali e la responsabilità degli amministratori*, in *Danno e resp.* 8-9/2016, 864 ss., il quale considera il pregio di una valutazione equitativa del danno in vicende in cui le operazioni condotte dagli amministratori possono più agevolmente essere valutate nel complesso, poiché è invece assai arduo dimostrare la relazione causale della singola operazione con il danno. In particolare «l'accertamento di irregolarità [nella gestione da parte degli amministratori] ed il riscontro di un danno soltanto potenziale consente l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2409 c.c. [all'esito di denuncia al tribunale da parte dei soci], ma non è di per sé sufficiente per una condanna al risarcimento del danno. Il danno meramente potenziale è, infatti, di norma irrisarcibile salvo che non assuma le forme della perdita di *chance*». Arrivati a questo punto della nostra trattazione non si fatica a comprendere come, anche in tali ipotesi, la perdita di *chance* viene invocata là dove sorgano problemi di prova del nesso causale.

<sup>132</sup> Su cui v., per tutti, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano, 1988, spec. 363-368.

<sup>133</sup> V. la recente disamina di 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., specie per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali in materia giuslavoristica, ai quali si rimanda. Qui, a titolo esemplificativo, si può fare riferimento a quanto

La *chance* del lavoratore 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 danno patrimoniale subito dal lavoratore<sup>134</sup> 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 pensionistico riflesso o di una lesione per mancata formazione professionale ovvero anche di un danno curriculare, per non aver potuto arricchire il proprio *curriculum* professionale<sup>135</sup>.

Nel capitolo successivo, dedicato ai rilievi di diritto processuale, ci soffermeremo anche sulle peculiarità di tali controversie giuslavoristiche, specialmente in punto di allegazione dei fatti e principio di non contestazione.

Qui, per concludere, ci sia consentita una (forse scontata) puntualizzazione, già implicita nelle osservazioni appena svolte: tutte le liti in materia di risarcimento del danno da perdita

statuito dalla sezione lavoro in Cass. n. 28880 del 1 dicembre 2017 (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)». In generale, l’A. è consapevole delle ombre che aleggiano sulla ricostruzione teorica della *chance* perduta, ma tiene conto dell’approccio pragmatico che deve guidare lo spirito del giudice del lavoro (più che in ogni altro settore probabilmente), il quale non può restare indifferente alla frustrazione delle legittime aspettative dei lavoratori a fronte dell’uso sviato e arbitrario dei poteri unilaterali del datore di lavoro (p. 110) e avvalersi, così, dello strumento risarcitorio in chiave più sanzionatoria che compensativa (p. 124). Ammette, però, che l’ingresso della *chance* nel campo della tutela risarcitoria ha sdoganato un atteggiamento tollerante dell’incertezza del diritto: «il giudice del lavoro è allora chiamato a valutare una realtà virtuale, nella quale l’approccio probabilistico rimpiazza ogni certezza deterministica. Per cui, come visto, inevitabilmente, lo stesso accertamento del nesso di causalità, se non scompare, quantomeno sfuma nel giudizio di rilevanza o congruità della misurazione probabilistica, mentre perfino lo stesso danno, da danno evento, subisce un improvviso *decalage* a danno eventuale».

<sup>134</sup> Specifichiamo che si tratta di un danno patrimoniale, poiché non siamo sicuri che il diritto della persona al lavoro, riconosciuto e garantito dalle suddette norme costituzionali, possa essere assunto al rango di interesse inviolabile e perciò costituzionalmente protetto, tale per cui la relativa lesione possa essere risarcita anche sotto forma di danno non patrimoniale; anzi quel diritto è comprimibile addirittura attraverso la sanzione del licenziamento.

<sup>135</sup> Come osserva V. MAIO, *op. ult. cit.*, 122-123.

di *chance* sottoposte alla cognizione del giudice del lavoro implicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.

Pertanto si deve attentamente distinguere tra i casi in cui l'attore lamenti il danno da perdita della *chance* di partecipare ad una procedura selettiva a causa dell'illecito del terzo che gli ha così impedito di partecipare alle prove, dai casi in cui un rapporto di lavoro è già in essere e il lavoratore lamenti il danno subito in ragione della illegittimità del concorso interno indetto dal datore di lavoro, per avere leso la sua occasione di ottenere, ad esempio, il riconoscimento di una qualifica superiore o un incarico dirigenziale<sup>136</sup> ovvero, ancora, la possibilità di ottenere una posizione organizzativa a cui il dipendente poteva aspirare, ma che è stata illegittimamente attribuita ad un soggetto esterno all'amministrazione<sup>137</sup>.

Si tratta in entrambi i casi di controversie risarcitorie in cui può venire in rilievo un pregiudizio da perdita di *chance*, ma, con riferimento alla prima ipotesi, la lite si svolgerà secondo le regole del rito ordinario.

#### *9. Sulla possibilità di qualificare la chance come situazione giuridica soggettiva (atipica).*

Come si avrà modo di apprezzare meglio nel prosieguo della trattazione, il modello di concettualizzazione della *chance* che abbiamo prediletto non è unitario, bensì valorizza le peculiarità delle singole fattispecie in cui la perdita di *chance* è stata, a vario titolo, coinvolta.

Così riteniamo che la lesione della *chance* assuma talvolta i connotati di un evento di danno incidente sulla possibilità di conseguire un risultato, tanto da postulare che di *chance* debba parlarsi in termini di interesse meritevole di tutela (la *chance* di sopravvivenza); in altre ipotesi la perdita di *chance* si presenta viceversa come una conseguenza dannosa tra quelle risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c., confinante con il lucro cessante fino al punto di poterne risultare assorbita (la *chance* di ottenere dei vantaggi dalla pendenza del giudizio colposamente non instaurato o coltivato dall'avvocato, quali la possibilità di transazione della lite); in altri casi, ancora, la *chance* perduta opera come parametro che presiede il giudizio probabilistico di accertamento del nesso causale (ad es., sempre nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dell'avvocato e del professionista in generale, il cliente deve dimostrare di aver subito effettivamente un danno, dando prova delle probabilità di successo dell'azione ove l'avvocato avesse agito diligentemente; ma, *cave*, il danno resta ascritto nell'ambito delle regole che disciplinano la responsabilità contrattuale per inadempimento).

Per quanto riguarda l'opportunità di includere la *chance* nel novero delle situazioni giuridiche soggettive o comunque degli interessi meritevoli di tutela, autorevole dottrina non ha perso l'occasione di esprimere un netto dissenso, innanzitutto verso la diffusa attitudine della giurisprudenza ad autoproclamarsi fonte del diritto e a creare, così, nuove situazioni soggettive – all'insegna dello «spirito del tempo, proclive alla dismisura della responsabilità

<sup>136</sup> Cfr., tra le più recenti pronunce della sez. lavoro, Cass. n. 26694 del 10 novembre 2017; Cass. n. 4014 del 1° marzo 2016 (entrambe reperibili su *Italggiureweb*).

<sup>137</sup> È questo il caso oggetto, ad esempio, di Cass. n. 10030 del 15 maggio 2015, in *Italggiureweb*.



civile» – tra cui proprio la perdita di *chance*, perfetta esemplificazione di certe figure di matrice giudiziale che non trovano appiglio in alcun fondamento normativo<sup>138</sup>.

Più specificamente, in tale ordine di idee, essendo la perdita di *chance* un danno meramente patrimoniale<sup>139</sup>, il suo terreno di elezione non potrebbe mai essere la responsabilità aquiliana, ma esclusivamente la responsabilità contrattuale, insieme all'arricchimento senza causa *ex art. 2041 c.c.* (il cui elemento oggettivo è il danno, anche se non “ingiusto”, come pretende invece l'art. 2043 c.c.)<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> È 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. L'A. sostiene, 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).

<sup>139</sup> Si potrebbe pensare che Castronovo non contempli la perdita di *chance* di una più lunga e/o migliore sopravvivenza conseguente all'omissione o al ritardo del medico, poiché non può negarsi la natura non patrimoniale di quest'ultima. In realtà, secondo l'A., il pregiudizio in parola ha sempre carattere patrimoniale, poiché si configura in ogni caso come il mancato conseguimento di un risultato utile, pure quando l'interesse sotteso violato sia non patrimoniale (Così, l'A., in *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 322; in termini analoghi in *Vaga culpa in contrahendo*, cit., 32-33). Nell'ambito del danno non patrimoniale, l'ipotesi più insidiosa e più frequente è quella della perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza, rispetto alla quale, 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 (che, nel caso, della prestazione sanitaria, non può dirsi di risultato). 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'inadempimento, partendo dall'insegnamento di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 188 ss., per cui ogni obbligazione, anche quella del professionista intellettuale, persegue un risultato. Su tali basi, Castronovo plaude al precedente di Cass. n. 24143 del 29 novembre 2010 (apparentemente rimasto isolato), in cui la S.C., nell'affermare l'inescusabilità della condotta omissiva di un ginecologo che aveva rinviato alcuni doverosi accertamenti a fronte di un grave sospetto di neoplasia al seno, riconduce la fattispecie ad una ipotesi di inadempimento professionale, senza tirare in ballo il danno da perdita di *chance*, richiamata, invece, inopinatamente da M. FOGLIA, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2011, 449 ss., in nota alla sentenza. In difesa del commentatore si deve rilevare che, nonostante la sentenza di legittimità non si sia mai direttamente riferita alla figura della *chance*, non si poteva escludere che – dinanzi ad una cassazione con rinvio anche sulla questione della determinazione del danno non patrimoniale risarcibile – la corte d'appello qualificasse il danno nei termini della perdita di *chance*, anche in considerazione della innegabile esistenza di un orientamento giurisprudenziale che così ricostruiva il danno nelle ipotesi di intervento medico tardivo da cui conseguiva l'anticipazione dell'evento letale (M. FOGLIA, *op. ult. cit.*, 452, richiama, ad esempio, Cass. n. 23846 del 18 settembre 2008).

<sup>140</sup> È dello stesso avviso S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 49 ss., la cui definizione di *chance* è sintetizzabile nella locuzione “aspettativa giuridicamente tutelata in sede contrattuale”. Egli sottolinea come il celebre arresto di Cass. SS.UU. n. 500/1999, nel decretare la nozione di interesse legittimo in termini «non già di mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva», abbia sancito il rilievo del principio dell'affidamento, il che rafforza la tesi della

In tale ordine di idee, pur riconosciuta l'incidenza patrimoniale del pregiudizio, resta il fatto che si tratta di un danno tutt'altro che certo e solo probabile, coincidente con un lucro cessante ipotetico, il quale, tuttavia, non trova appiglio nella lesione di una situazione soggettiva e, cioè, in un danno emergente: un lucro cessante ipotetico che, dunque, «pencola nel vuoto»<sup>141</sup>.

9.1. (segue) *il riconoscimento in astratto della chance come situazione giuridica attraverso meccanismi di tipizzazione "indiretta" e il giudizio di meritevolezza in concreto.*

Di contro, si è sostenuta la risarcibilità in via aquiliana della lesione della *chance*, sulla base del rilievo per cui l'ordinamento svolge una "funzione attributiva" di ricchezza attraverso meccanismi di tipizzazione degli oggetti di tutela, diretta, attraverso le norme di diritto positivo, ma anche indiretta<sup>142</sup>.

Tale forma di tipizzazione "indiretta" non è altro che la traduzione applicativa della clausola generale di ingiustizia del danno, adoperata dal giudice al fine di enucleare nel caso di specie – a partire dagli indici forniti dall'ordinamento e non consistenti necessariamente nelle norme di diritto positivo – l'interesse meritevole di tutela, all'esito della valutazione comparativa con il confliggente interesse del danneggiante<sup>143</sup>.

risarcibilità della *chance* nel solo ambito contrattuale. Il giudizio dell'A. è molto netto nel negare che la *chance* possa costituire una situazione giuridica soggettiva, né la giurisprudenza può ritenersi autorizzata a crearne una apposita; del resto, pure la concezione della clausola di ingiustizia del danno come «clausola generale che si vuole deputata al giudizio di comparazione tra interessi contrapposti» è da rifiutare, poiché conduce all'accettazione della categoria dei c.d. illeciti senza lesione. La risarcibilità della *chance* è ammessa anche nel campo della responsabilità precontrattuale ossia «di quella forma di responsabilità contrattuale da violazione di obblighi nascenti dalla buona fede in sede di trattative e di conclusione del contratto», chiaramente nei limiti dell'interesse negativo «da intendere come interesse alla conservazione dell'integrità della propria sfera giuridica nel corso delle trattative» (80-81).

<sup>141</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 322-323, si chiede (ma ci pare che propenda per la risposta negativa, come pure fa decisamente S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 76-78, che distingue tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Solo nella prima, i mancati guadagni sono risarcibili a prescindere dalla perdita subita per l'impossibilità di sfruttare l'utilità dovuta se il lucro cessante sia risarcibile a prescindere da un danno emergente. Se si esclude che il mancato guadagno possa essere l'unica posta risarcibile, si deve fare i conti, anche in ambito di responsabilità contrattuale, con le conseguenze della mancanza di una situazione soggettiva, sebbene non sotto il profilo della ingiustizia del danno.

<sup>142</sup> Così si esprime M. BARCELLONA, *Trattato della Responsabilità civile*, cap. IV, *I due pregiudizi del problema "ingiustizia"*, Torino, 2011, 105 ss. Da un lato, la tipizzazione diretta può investire tutte le *res corporales*; mentre è necessario ricorrere a forme di tipizzazione indiretta, avvalendosi del "concetto socialmente evolutivo" del principio di patrimonialità, per cui acquisisce rilevanza tutto ciò che, nel tempo e al mutare della sensibilità del mercato, e pur costituendo un *quid* immateriale come, ad esempio, le *chances* di guadagno, si può convertire in denaro (spec. 107-108). La riflessione dell'A. sulla perdita di *chance* è riproposta in termini analoghi pure nello scritto *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit. (a proposito del caso CIR-Fininvest), spec. i primi tre paragrafi introduttivi, in cui emerge il rilievo della *chance* come «dispositivo giuridico che anticipa il risultato mancato in una situazione soggettiva concepita come sua aspettativa».

<sup>143</sup> Il riferimento è sempre, per tutti, a E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, cit., 135 ss.

In particolare, tali tecniche di attribuzione indiretta fanno perno sul concetto di “permesso”<sup>144</sup>, per cui ai privati è concessa l’occasione di porre in essere un fare proprio finalizzato all’accrescimento della sfera patrimoniale.

Così, ogni qualvolta si manifesti l’esigenza di reagire alla perdita di una risorsa ovvero della possibilità di conseguirla (ricavabili dall’esercizio di ciò che è “permesso”, anche non espressamente, o, specularmente, dalla “pretesa relativa ad un fare altrui”), sarà astrattamente possibile interpellare la tutela dell’ordinamento nelle forme della responsabilità aquiliana<sup>145</sup>.

Affinché, poi, un dato interesse all’appropriazione di valore sia giudicato meritevole di protezione in concreto, e non venga relegato invece nell’ambito dei meri interessi di fatto, è necessario che esso superi il vaglio del giudice.

<sup>144</sup> “Permesso” e “obbligo” sono le due figure fondamentali attraverso cui l’ordinamento organizza le attribuzioni di ricchezza: cfr. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 110. Riecheggia nel modello proposto da M. Barcellona, l’opera di F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 19 ss., sull’analisi delle nozioni di facoltà, dovere e potere giuridico, in rapporto con quella di diritto soggettivo. Nell’idea di “potere” è insito un significato dinamico difficilmente riconducibile alla categoria della “situazione” (che implica piuttosto una natura statica). L’A. lo definisce come una «fattispecie di comportamento» – in cui il comportamento è semplice mezzo di esercizio del potere stesso – evidenziando la distinzione con la facoltà, «intesa come comportamento operante una modificazione puramente materiale», ove invece l’essenza del potere sta nella «forza di produrre o concorrere a produrre modificazioni giuridiche mediante un mezzo determinato, costituito nell’ordinamento vigente da un comportamento volontario ad esso conforme» (25). Secondo l’A., l’ordinamento attribuisce autonomo rilievo al “potere”, tale per cui si deve escludere che esso sia un elemento di definizione della situazione di diritto soggettivo che, in tale prospettiva – attribuita dal Gullo a G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949 – viene definito come «situazione attiva di liceità» e, dunque, come «titolarità di un potere giuridico». La distinzione tra diritto soggettivo e potere giuridico messa in luce dal Gullo fa emergere, secondo noi, la possibilità di predicare l’esistenza nel nostro ordinamento di situazioni giuridiche già di per sé attributive di un vantaggio o bene giuridico, che sono appunto i diritti soggettivi; e situazioni – che Gullo individua nei poteri – attributive della “forza” di acquisire un vantaggio o un bene. In breve, posto che «il contenuto del diritto soggettivo – quale situazione favorevole – nel nostro ordinamento è costituito da facoltà o dall’attribuzione dei risultati (favorevoli) di un comportamento doveroso altrui (esaurendosi in questa alternativa qualsiasi possibile contenuto di simili situazioni), tale riferimento assume un valore determinante quando sia messo in rapporto con il principio che un bene, non solo nell’accezione più ristretta di *cosa*, ma anche in quella – rispetto a quest’ultima nozione sotto certo riguardo più ampia – di ente idoneo al soddisfacimento di bisogni umani, non può mai costituire oggetto di un potere giuridico; laddove ciò non osta relativamente alla facoltà, di cui anzi è l’unico oggetto possibile» (50). In contrapposizione al potere giuridico, la facoltà – quale attività lecita e meramente materiale, ma non irrilevante per l’ordinamento – non è necessariamente produttiva di modificazioni giuridiche, come il potere; se essa costituisce il contenuto del diritto soggettivo che, a sua volta, è una situazione giuridica, non può essa pure avere natura di situazione o posizione giuridica (55 ss.). Ci pare, invece, che, condivisibilmente, M. Barcellona valorizzi la possibilità che le stesse facoltà (nella sua nomenclatura: «permessi di fare») siano elevate a posizione giuridiche, attraverso i meccanismi di tipizzazione indiretta su cui abbiamo ragionato nel testo.

<sup>145</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 113 e ancora 117, in perfetta sintesi delle pagine precedenti, ove si legge che «sul piano della responsabilità civile, tutto questo comporta che, là dove spesso si direbbe esserci solo un mero “interesse di fatto” la cui lesione sembrerebbe inadatta ad attivare la tutela aquiliana, può ben esserci, invece, un potere appropriativo conferito dall’ordinamento giuridico, e perciò può ben porsi un problema di conservazione del suo valore e/o delle utilità acquisibili attraverso il suo esercizio». Peraltro – ci avverte l’A. – una tale conclusione non deve sconvolgere, perché di fatto corrisponde all’opera di progressivo e costante ampliamento dell’ambito di applicazione dell’art. 2043 c.c. portata avanti dalla giurisprudenza.

Ciò implica che, preliminarmente, si debba procedere ad accertare la titolarità della capacità appropriativa di valore e cioè la riconducibilità alla sfera giuridica del soggetto di un “permesso di fare”; in seconda battuta, perché si dia luogo al risarcimento, sarà necessario verificare che quell’interesse sia protetto anche (e proprio) nei confronti del soggetto preteso danneggiante e rispetto alla sua condotta<sup>146</sup>.

In definitiva, l’affermazione giurisprudenziale della *chance* quale «entità patrimoniale economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione», non è di per sé risolutiva nell’attribuire un valore pregnante nel campo della responsabilità aquiliana, giacché 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 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>147</sup>.

Chiariti i termini in cui si svolge il giudizio di meritevolezza, si può ritenere che vi siano delle fattispecie in cui la *chance* ambisce ad essere una situazione giuridica (perlomeno in astratto); ma la via da seguire non è quella intrapresa dalla giurisprudenza di legittimità dell’applicazione, indiscriminata e trasversale a tutte le ipotesi, di una locuzione dal significato tanto ampio da risultare del tutto vago.

È doveroso distinguere innanzitutto i casi di responsabilità contrattuale da quelli di responsabilità extracontrattuale, poiché evidentemente solo in questi ultimi si renderà necessaria un’indagine sull’autonomia della *chance* come situazione giuridica rispetto al risultato finale, dal momento che, nei primi invece, si tratterà di gestire le normali conseguenze dell’inadempimento dell’obbligazione pattuita<sup>148</sup>.

Senza considerare, poi, che nel caso in cui venga in rilievo un danno non patrimoniale ai sensi dell’art. 2059 c.c., non sarà sufficiente che l’interesse sia giuridicamente rilevante, ma

<sup>146</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 153-154. La complicazione sta nel fatto che spesso si contrappongono due situazioni di *agere* libero, per cui anche la condotta del danneggiante risponde all’esercizio di un permesso, di talché il problema della responsabilità aquiliana sta nel capire su quale dei due soggetti debba ricadere il peso della perdita.

<sup>147</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.

<sup>148</sup> Con ciò capiamo che M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 404, intenda escludere che, in linea di massima, il danno da perdita di *chance* possa venire invocato nelle fattispecie di responsabilità contrattuale, giungendo ad opposte conclusioni rispetto a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 134-135, il quale ha ribadito a più riprese che la perdita di *chance*, quale danno meramente patrimoniale, può trovare ristoro solo secondo le norme della responsabilità contrattuale. Il confronto tra i due A., ci fa osservare una contraddizione nelle argomentazioni di Castronovo, nella parte in cui, riferendo di un caso di responsabilità medica (su cui v. già *supra* in nota n. 139), accoglieva con favore la decisione della S.C. di qualificare l’omesso tempestivo intervento del medico come inadempimento e non perdita di *chance*, «a conferma della superfluità della categoria quando si applichino correttamente le regole della responsabilità», per poi specificare poco più avanti che «la privazione di chance trova la configurazione propria nella responsabilità contrattuale».

sarà altresì necessario che assuma il rango di interesse costituzionalmente protetto come inviolabile<sup>149</sup>.

Vi è poi che, in determinate circostanze, anche nel campo extracontrattuale, la *chance* può rilevare come mero “valore d’uso” di un interesse leso direttamente oggetto di tutela (richeggiano qui i toni della concezione eziologica di stretta dipendenza della *chance* con il risultato anelato), piuttosto che consistere essa stessa nell’interesse giuridicamente tutelato<sup>150</sup>.

In ultima analisi, la *chance* potrà essere, in qualche caso, qualificata come una situazione giuridica autonoma direttamente tutelabile anche in via aquiliana; più spesso, invece, la perdita di *chance* emergerà in fase di liquidazione del danno, patrimoniale o non patrimoniale,

<sup>149</sup> 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’invulnerabilità 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>150</sup> V. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 407-409. Le argomentazioni dell’A. meritano attenzione: è necessario «superare il carattere fondamentalmente empirico che la nozione di *chance* ancora presenta e di verificare a) se e quando alla lesione di una *chance* siano riferibili questioni giuridiche che non si risolvono integralmente in tipi di problemi già noti e tradizionalmente trattati sotto altre nomenclature [nesso di causalità, lucro cessante, danni ulteriori...] e b) se e quando tali questioni giungano ad interessare il giudizio di “ingiustizia”». Posto che «la prima condizione perché la possibilità di un risultato utile possa dar corpo ad una *chance* suscettibile di tutela risarcitoria è, perciò, che chi ne deduce la perdita possa assumere che un altro soggetto fosse tenuto, in via negoziale o per legge o in forza dell’istanza di doverosità che promana dall’art. 2043, ad un comportamento che non ha osservato e l’osservanza del quale gli avrebbe, invece, conservato la possibilità perduta [...] una tale condizione può ritenersi ricorra, grossomodo, in quattro ipotesi fondamentali, e cioè quando il comportamento, positivo o negativo, del danneggiante: – abbia impedito un fare proprio che non aveva il potere di intralciare ed il cui risultato incrementativo, però, sarebbe stato incerto nell’*an* e/o nel *quantum*; – abbia impedito, o distolto, un fare del terzo che questi era libero di attuare, o non, e che però, se fosse stato attuato, avrebbe procurato un vantaggio; – consista nell’omissione di un fare (prestazione) dello stesso danneggiante che da questo era dovuto, ma il cui risultato sarebbe stato, però, incerto; – abbia impedito la partecipazione a, ovvero sia consistito nello scorretto espletamento di un procedimento il cui esito positivo si presentava ex ante incerto». Approfondendo l’esame delle quattro ipotesi enunciate, l’A. cerca di selezionare le fattispecie in cui la *chance* possa ricevere un’autonoma considerazione ed esclude che ciò possa accadere nelle fattispecie di cui alle prime tre categorie (per le ragioni diffusamente spiegate a pp. 409-414 e qui solo sunteggiate), poiché i problemi che esse impongono di risolvere possono essere affrontati con gli strumenti già previsti delle conseguenze dell’inadempimento negoziale, del lucro cessante o della prova probabilistica e presuntiva del danno ovvero attraverso la valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. In tali casi non si questiona sull’*an* della responsabilità ma sulla sua estensione e la *chance* viene invocata nelle soluzioni giurisprudenziali a fronte di due situazioni tra loro diverse: quella di un danno certo nell’*an* ma incerto nel *quantum* e, dunque, “indeterminabile” e l’altra, relativa ad un danno “ipotetico” (riferibile alla seconda delle quattro classi). Rispetto a tale danno ipotetico può darsi un ruolo alla perdita di *chance*, ma non ai fini della valutazione sulla ingiustizia del danno, quanto piuttosto per interrogarsi sulla «surrogabilità, nella logica risarcitoria, della certezza di un danno con una sua frazione probabilistica [...] che anche sul piano meramente presuntivo si dà ontologicamente come del tutto ipotetica».

quale conseguenza dannosa risarcibile dell'inadempimento negoziale ovvero della lesione di una diversa situazione giuridica, ove si tratti di illecito aquiliano<sup>151</sup>.

Riteniamo superabili le perplessità di chi intravede nell'accoglimento di un siffatto modello il rischio concreto di una dilatazione smisurata e incontrollabile dell'area del danno risarcibile<sup>152</sup>, dal momento che, in verità, il novero delle ipotesi di *chance* quale specifico interesse meritevole di tutela è limitato, secondo noi, essenzialmente a due fattispecie<sup>153</sup>, su cui ci siamo già ampiamente soffermati, ed entrambe accomunate dal riscontro di una irresolubile incertezza empirica sulla spettanza del bene "finale".

La prima è quella riconducibile alla *chance* in materia di rapporti di lavoro del candidato ad una procedura selettiva per una promozione, al quale un terzo o lo stesso datore di lavoro impedisca illecitamente di partecipare (si pensi al caso – che abbiamo visto ricorrere anche nel celebre precedente di Cass. n. 6506 del 1985 – della perdita di *chance* di assunzione per

<sup>151</sup> La conclusione è che «si deve riconoscere che l'oggettivamente irresolubile 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. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 420).

<sup>152</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 ci 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>153</sup> A dire il vero M. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che si debba 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 (secondo un criterio discrezionale che ci pare di ritrovare anche nelle riflessioni di F. Trimarchi Banfi). 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 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.

avere il datore di lavoro illecitamente impedito al candidato di sostenere la prova orale dopo aver superato quella scritta).

La seconda attiene alla *chance* di sopravvivenza del paziente, in campo di responsabilità sanitaria, alternativamente sussumibile, a seconda dei casi, nei tipi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale. A tal proposito, si deve osservare che, ove il rapporto tra medico e paziente trovi fondamento in un vero e proprio contratto, la questione della lamentata lesione della possibilità di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza (a causa del ritardo o errore diagnostico e nella somministrazione terapeutica non tempestiva) potrebbe più coerentemente essere inquadrata entro i confini applicativi delle norme sulla responsabilità da inadempimento.

Se il medico è risultato inadempiente, infatti, semplicemente risponderà di tutte le conseguenze risarcibili sostenute da prova adeguata. Tirare in ballo la perdita di *chance* per edulcorare i problemi della prova del nesso causale o della incertezza del danno può generare confusione.

#### *9.2. Come la riforma della responsabilità sanitaria potrebbe incidere sulle questioni legate al danno da perdita di chance.*

Peraltro, non si può ignorare la più recente *voluntas* del legislatore che, con la l. n. 24/2017, ha riformato il regime della responsabilità della struttura ospedaliera e degli esercenti le professioni sanitarie.

In particolare, l'art. 7 della suddetta legge prescrive oggi – con norma dichiarata imperativa – che, salva espressa pattuizione, la relazione tra medico e paziente non si svolge più nell'ambito di un rapporto contrattuale “da contatto sociale”, ma è regolata dal generale principio del *neminem laedere* ai sensi dell'art. 2043 c.c.; mentre il rapporto con la struttura sanitaria è pur sempre di natura contrattuale<sup>154</sup>. Ciò implica che anche la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* potrà essere rivolta tanto alla struttura quanto al medico curante.

Non crediamo, in particolare con riferimento agli oneri probatori dell'attore danneggiato, che si possano registrare vistose differenze tra la domanda invocante una responsabilità extracontrattuale e una avente titolo sul contratto, perlomeno non in punto di prova del nesso causale (materiale) tra l'illecito o l'inadempimento e il danno subito.

Tradizionalmente l'indagine sul nesso causale non assume, nel campo della responsabilità contrattuale da inadempimento, lo stesso rilievo pregnante che invece ha nelle fattispecie di responsabilità aquiliana.

<sup>154</sup> Precisamente la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c., come prescritto dall'art. 7 co. 1, l. n. 24/2017; fermo restando il diritto di rivalsa azionabile dalla struttura nei confronti del medico ausiliario (ai sensi dell'art. 9 della stessa legge), nei limiti della responsabilità a quest'ultimo imputabile, e presuntivamente ripartita in parti uguali con la struttura, ex artt. 1298 e 2055 c.c. V., in proposito, la recentissima Cass. n. 28987, 11 novembre 2019, in cui la terza sezione della S.C. ha osservato che la legge Bianco-Gelli ha optato per un sistema di ripartizione dei danni da *malpractice* tra struttura e medico, anche nei casi in cui il danno sia riconducibile esclusivamente alla condotta colposa del medico, a meno che questa condotta non sia totalmente deviata rispetto al programma di cura condiviso con la struttura e si riveli, cioè, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile.

Tale assunto si basa, tuttavia, su un concetto di adempimento parametrato all'esecuzione di una prestazione dal contenuto ben determinato (si direbbe "obbligazione di risultato" se si volesse tralasciamente insistere nella più risalente dicotomia con l'obbligazione "di mezzi"); in ambito medico però (e invero pure rispetto ad altre prestazioni d'opera intellettuale), un approccio più realistico impone di riconoscere l'esistenza di obbligazioni di risultato più o meno "predeterminabile", dove quelle in cui il risultato è più difficilmente prevedibile si avvicinano alle obbligazioni di mezzi.

Si pensi alle prestazioni attinenti alla migliore organizzazione dell'assistenza ospedaliera e delle cure da parte della struttura sanitaria e, di contro, a quelle che il medico chirurgo deve adempiere nell'esecuzione di un intervento sperimentale mai eseguito prima: è chiaro che nel primo caso possa parlarsi a tutti gli effetti di obbligazioni "di risultato" e la prova del nesso causale è resa superflua dalla constatazione dell'inadempimento, mentre, con riferimento alla seconda ipotesi – scomparso il riferimento alla obbligazione "di mezzi" – deve quantomeno ammettersi che il risultato (sicuramente parametrabile a certi protocolli e linee guida) non sia determinabile *a priori*. Si tratta di una distinzione che abbiamo già richiamato *supra*, anche a proposito di talune attività svolte dall'avvocato, di tipo consultivo e non ascrivibili al contenzioso, e che secondo noi sta alla base della differenza tra interventi di difficile esecuzione e interventi c.d. "routinari", che si era soliti richiamare in relazione alla interpretazione dell'art. 2236 c.c.

Orbene il grado di prevedibilità dell'esito finale che segue lo svolgimento della prestazione non può essere trascurato ai fini dell'attribuzione degli oneri probatori. Intendiamo dire che sia corretto, a nostro avviso, imporre la prova del nesso causale al paziente-creditore, a seconda del tipo di prestazione demandata al medico, specialmente quando questi sia chiamato ad adempiere obbligazioni dal risultato non facilmente predeterminabile, tali per cui la singola fattispecie concreta tende a discostarsi dal modello "base" di responsabilità contrattuale, in cui l'inadempimento (*rectius*: la mancata prova dell'esatto adempimento e così della impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile) è di per sé sufficiente a far gravare la responsabilità sul debitore<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> Solo per tali obbligazioni dal risultato non esattamente predeterminabile riteniamo, nelle conclusioni, condivisibile il recente e criticato arresto della terza sezione Cass. n. 18392 del 27 luglio 2017 (confermata da pronunce successive, tra cui, Cass. n. 26700 del 23 ottobre 2018 e, da ultimo, Cass. n. 28991, 11 novembre 2019), che assegna l'onere di provare il nesso di causalità materiale al paziente-creditore, in quanto fatto costitutivo del diritto di credito risarcitorio: la sentenza è stata commentata da G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.* 3/2018, 345 ss., e da ultimo, nella stessa *Rivista* 2/2019, 256 ss., con la nota di M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*: in breve, secondo gli autori, la S.C. ha tentato di reagire alla recente e quantomeno inopportuna presa di posizione del legislatore della l. n. 24/2017 sulla qualificazione della responsabilità del medico come responsabilità extracontrattuale (v. spec. l'art. 7 e il suo ult. co., ove con una singolare disposizione, si è stabilita la tassatività di tali previsioni), intervenendo sul riparto dell'onere probatorio in materia di nesso eziologico. In particolare la sentenza del 2017 ha individuato una distinzione tra due piani causali, partendo dalla già nota demarcazione tra causalità materiale e causalità giuridica: il primo ciclo causale sarebbe relativo all'evento dannoso e deve essere provato dal creditore danneggiato in quanto fatto costitutivo del diritto, mentre il secondo, relativo all'impossibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante, in quanto fatto estintivo del diritto. «Di conseguenza, qualora al termine dell'istruttoria resti incerta la causa del danno o la (distinta) causa



Proprio una recentissima decisione della Cassazione, n. 28991, 11 novembre 2019, è in linea con l'impostazione appena suggerita e afferma che, se tradizionalmente nell'ambito della responsabilità contrattuale, il rilievo della causalità materiale è assorbito

dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova graveranno sui soggetti rispettivamente onerati». Magliulo e Pardolesi ritengono che la posizione assunta dalla Corte in ordine alla distribuzione dell'onere probatorio del rapporto causale, nei casi di responsabilità contrattuale, si ponga in contrasto («siderale», secondo l'annotazione fortemente critica 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 una sentenza successiva, n. 18549 del 13 luglio 2018, 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». L'art. 1218 c.c. reca una delle disposizioni più complesse del nostro codice civile, per la cui analisi più approfondita si rimanda, per tutti, alla trattazione di C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, comm. sub art. 1218*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., secondo il quale significativamente «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 ci 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, a cui preferiamo quella che abbiamo ritrovato nelle recenti pagine di F. Piraino tra obbligazioni a risultato predeterminabile *ex ante* e obbligazioni a risultato non (esattamente) predeterminabile. 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 ci aiutano a capire 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, ciò posto, secondo noi non sbaglia 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 coincidere 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.

dall'inadempimento della prestazione, nel diverso territorio del *facere* professionale, si deve distinguere l'interesse strumentale oggetto della obbligazione negoziale e consistente nella fedeltà alle regole della diligenza professionale, dall'interesse primario e presupposto la cui lesione individua il danno evento. Ebbene la violazione di tali regole della diligenza professionale non ha «un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento», nel senso che l'inadempimento non può comportare automaticamente la prova del pregiudizio subito, la cui riconducibilità materiale alla condotta illecita dovrà essere opportunamente dimostrata dall'attore.

Per quanto concerne la prova della *chance* in concreto perduta, bisogna distinguere.

Così, in caso di responsabilità contrattuale, il paziente potrebbe limitarsi ad allegare l'inadempimento del medico secondo lo statuto delle sezioni unite del 2001 (che, ricordiamolo però, riguardavano l'inadempimento di un vero e proprio contratto), ma abbiamo già spiegato che, a nostro avviso, egli non potrà esimersi dalla prova delle occasioni vantaggiose perse a causa del ritardo o errore del sanitario; prova che non differirà, nei connotati strutturali, da quella del lucro cessante.

Nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale sarà necessaria la prova della *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza quale situazione giuridica oggetto della tutela *ex art.* 2043 c.c. Trattandosi di una situazione giuridica soggettiva atipica, che rappresenta secondo noi un'anticipazione di protezione del diritto alla salute, sarà necessario convincere il giudice dell'esistenza della *chance* prima in astratto e poi nel concreto caso di specie. Senza considerare che, ove si vogliano prendere in considerazione i profili del danno non patrimoniale, dovrà pure rispettarsi il canone di inviolabilità dell'interesse, imposto dalla lettura costituzionalmente orientata e ormai acquisita dell'art. 2059 c.c.<sup>156</sup>.

*9.3. (segue) la positivizzazione del diritto di autodeterminazione evita in taluni casi di ricorrere alla perdita di chance.*

Certo è che all'esito della positivizzazione della regola di extracontrattualità della responsabilità del medico, riaffiora l'importanza della questione legata alla individuazione di una situazione giuridica soggettiva specificamente tutelabile in sede aquiliana a prescindere dal diritto alla salute; e la ricerca potrebbe trovare un appiglio nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») là dove viene consacrato a livello normativo il diritto di autodeterminazione, soprattutto

<sup>156</sup> V. *infra* quanto si dirà nel cap. III sulla riforma della responsabilità medico-sanitaria, non solo con riguardo alla previsione dell'art. 7 che ha definitivamente sancito la natura extracontrattuale del titolo di responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria (la quale invece continuerà a rispondere ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.), ma soprattutto in relazione al nuovo rito oggi modificato dalla previsione del ricorso per consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

nella *species* del diritto al consenso informato del paziente<sup>157</sup>, la cui lesione integra un danno distinto dal danno biologico<sup>158</sup>.

È la stessa giurisprudenza di legittimità più recente, del resto, a suggerire tale ambito di applicazione per la perdita di *chance*: si è già visto (cfr. *supra* par. 7.1.) come la fondamentale pronuncia di Cass. n. 5641 del 2018 abbia esemplificato la fattispecie ricorrendo all'esempio 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<sup>159</sup>.

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 autodeterminazione risulta lesa già solo per averne la condotta del medico impedito l'esercizio; anche qui *chance* è sinonimo di *probabilità*, come concetto utile a quantificare il danno subito.

<sup>157</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>158</sup> Lo ribadisce a chiare lettere, da ultimo, Cass. n. 28985, 11 novembre 2019, spec. p. 9 ss. (reperibile nell'archivio *Italgireweb*), 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.

<sup>159</sup> Sulla tutela del diritto di autodeterminazione v. l'ancor più recente Cass. n. 10424 del 15 aprile 2019, relativa ad una fattispecie di colpevole ritardo nella diagnosi di una patologia tumorale.

In altre parole l'autodeterminazione reca in sé una potenzialità, consistente nella possibilità di scegliere come debba svolgersi il rapporto di cura. Il sacrificio di una tale possibilità è sempre certo e deve essere risarcito, tenendo conto di quali avrebbero potuto essere le presumibili scelte del paziente, se fosse stato messo nelle condizioni di autodeterminarsi.

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.

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.

*9.4. (segue) la lesione del diritto di autodeterminazione non copre tutte le possibili ipotesi di perdita di chance in relazione al rapporto sanitario di cura.*

Si consideri anche che la fattispecie di perdita di *chance* (diremmo oggi definitivamente "diritto" all'esito della tipizzazione da parte del legislatore) 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 sarebbe almeno un'altra ipotesi che non può essere sussunta nel pregiudizio del diritto di autodeterminazione e che consiste nel danno da perdita di *chance* di una più lunga e/o migliore sopravvivenza, a cui già più volte abbiamo accennato nel corso della trattazione.

Ora, se ci riferiamo al caso in cui l'attore (che sarà il congiunto del paziente) lamenti 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, sarebbe risarcibile un danno da perdita di *chance*<sup>160</sup>; ma riteniamo di poter ancora riferire un siffatto pregiudizio alla lesione del diritto di autodeterminazione.

Ove, però, la pretesa risarcitoria si fondi sul sacrificio della possibilità 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>161</sup>), non c'è modo

<sup>160</sup> Come chiarisce, da ultimo, Cass. n. 5641 del 2018 (già ampiamente commentata *supra* al par. 7.1.), spec. al par. 4 lett. *e*) e *b*).

<sup>161</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

di agganciare la domanda giudiziale alla lesione del diritto di autodeterminazione, poiché la sopravvivenza del paziente per un tempo più lungo dipende dalla prestazione della cura in sé e non dall'incontro tra attività medica e diritto di autodeterminazione del paziente.

Dunque, si dovrebbe concepire un diritto a sopravvivere il più a lungo possibile, che rappresenti un *quid* giuridico – anche se innominato e non ascrivibile ad una situazione giuridica soggettiva tipica<sup>162</sup> – diverso dal diritto all'integrità psico-fisica; ovvero riconducibile pur sempre al bene "salute", ma in una diversa accezione che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, che però merita di ricevere una considerazione autonoma.

È vero che l'impossibilità di instaurare un nesso causale tra l'illecito del medico (ritardo nella diagnosi) e la morte, per la ragione che il paziente sarebbe (più probabilmente che no) comunque deceduto, non vale a dimostrare automaticamente che il decesso sarebbe avvenuto secondo le stesse tempistiche e, dunque, né prima né dopo.

Qui la domanda giudiziale configura una ipotesi di danno da perdita di *chance* di sopravvivenza (fatto valere dai congiunti della vittima *iure hereditario*) e un danno da perdita di *chance* di godere del rapporto parentale fatto valere dai parenti *iure proprio*, in ragione della incertezza sull'anticipazione dell'evento morte (pretesa che si tramuta in domanda di risarcimento del danno per perdita anticipata del rapporto parentale, ove, invece, sia certo e dimostrabile che l'illecito abbia cagionato l'anticipazione dell'evento fatale)<sup>163</sup>.

Concordiamo con quell'attenta dottrina secondo cui «il diritto alla cura del paziente non trova confini nelle probabilità di successo», nel senso che debba essere risarcita già solo la privazione della eventualità di sopravvivere più a lungo e/o meglio e a prescindere dal grado di probabilità dell'esito favorevole «anche se il risarcimento si commisurerà alla stima delle probabilità di successo»<sup>164</sup>.

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. BOCCHIOLA, *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.

<sup>162</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>163</sup> Così Cass. n. 5641 del 2018, par. 6: «ove risulti provato, sul piano etiologico, che la mancata diagnosi di una patologia tumorale abbia cagionato la morte anticipata del paziente, che sarebbe (certamente o probabilmente) sopravvissuto significativamente più a lungo e in condizioni di vita (fisiche e spirituali) diverse e migliori, non di "maggiori *chance* di sopravvivenza" sarà lecito discorrere, bensì di un evento di danno rappresentato, in via diretta ed immediata, dalla minore durata della vita e dalla sua peggiore qualità (fisica e spirituale)».

<sup>164</sup> Così M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 422-423, che riconoscere autonoma rilevanza della *chance* anche in una fattispecie di responsabilità contrattuale; non lo fa evidentemente ai fini della valutazione di

La giurisprudenza di legittimità, con la più volte citata Cass. n. 5641 del 2018, ha affrontato il problema in chiave differente, negando l'ammissione della *chance* come situazione soggettiva e ricorrendo, invece, allo schema già visto del danno-evento incerto, che si riscontra quando «le conclusioni della CTU risultano, cioè, 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».

Tale possibilità – i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di *chance* perduta) – sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta – se provato il nesso causale (certo ovvero “più probabile che non”), tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza».

In altre parole la Cassazione ha inteso dire che, data la consistenza probabilistica della *chance* in sé, l'evento di danno non può che essere incerto, ma certa deve pur sempre essere la riconducibilità causale di quell'evento alla condotta illecita.

Non ci sentiamo di aderire alle conclusioni della Corte nella parte in cui, con riferimento a tale fattispecie risarcitoria, nega alla *chance* la consistenza di interesse protetto, poiché, a nostro avviso, si tratta dell'unico caso di danno non patrimoniale in cui è ragionevole e anzi necessario invocare la tutela dell'art. 2 Cost. per rivestire l'interesse a vivere il più a lungo possibile – ricorrendo le condizioni di una vita sempre dignitosa e sempre che non si dimostri un interesse opposto della persona<sup>165</sup> – del carattere di inviolabilità.

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>166</sup>, 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 che possiamo definire “*chance* di vivere il più a lungo possibile” con il diritto alla salute); o dalla comunanza

ingiustizia del danno, che qui non viene in gioco, ma piuttosto per sganciare la risarcibilità “ontologica” della perdita di *chance* dalla prova delle probabilità di risultato positivo, anche se poi è costretto ad ammettere che, ai fini della liquidazione, quelle probabilità saranno il parametro di riferimento.

<sup>165</sup> Non vogliamo certo essere fraintesi: il diritto alla vita deve essere una scelta libera, incondizionata e quotidiana di ciascuno di noi, pertanto non possiamo che condividere la recentissima decisione della Corte Costituzionale (di cui attendiamo ancora il deposito) di ritenere «non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli», come leggiamo dal comunicato stampa pubblicato sul sito della Corte il 25 settembre 2019. Una riflessione su questi temi è sempre opportuna: v., fra i tanti, G. GIAIMO, *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Eur. dir. priv.* 4/2018, 1203 ss.; M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte Costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.* 6/2018, 2855 ss.; G.M FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.* 7/2018, 2302 ss.; v. anche, per ogni altro riferimento dottrinale e giurisprudenziale, S. BARBARESCHI (a cura di), il “*Dossier sul Caso Cappato*”, aggiornato al 27 settembre 2019, in *federalismi.it*.

<sup>166</sup> Come scrive E. NAVARRETTA, voce “Diritti inviolabili e Responsabilità civile”, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, 343 ss., spec. 354.

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).

*10. La chance come aspettativa: una identificazione da respingere.*

Si è visto come fra le tesi sopra evocate, si registra pure quella che, per definire la *chance*, ricorre alla figura dell'aspettativa giuridicamente rilevante<sup>167</sup>, contrapposta all'aspettativa di fatto, in quanto tale non suscettibile di tutela risarcitoria.

L'aspettativa ci appare, allora, come una situazione soggettiva "di confine", che può ambire all'inclusione nell'area del danno risarcibile, accanto ai diritti soggettivi (assoluti e relativi), ma può altresì assumere le sembianze di un interesse di rilievo puramente fattuale, non assistito dalla tutela ordinamentale e perciò incapace di attivare l'accertamento sulla ingiustizia del danno.

Il tradizionale criterio discrezionale fra l'aspettativa di diritto e di fatto rischia di essere tautologico e solo teoricamente risolutivo, ma non davvero utile al discernimento pratico: è innegabile che, perché possa dirsi giuridicamente tutelato, lo stato psicologico di aspirazione del soggetto alla realizzazione di un evento (*rectius*: effetto giuridico favorevole) deve ricevere una particolare considerazione da parte dell'ordinamento, consistente nella previsione di determinate conseguenze alla mancata soddisfazione dell'interesse sotteso o nell'attribuzione di certi poteri nelle more del perfezionamento della fattispecie<sup>168</sup> (come nel

<sup>167</sup> Secondo la lettura di S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., ma – come già sottolineato – solo in ambito contrattuale; nello stesso senso si era già espresso A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, cit., 1183.

<sup>168</sup> R. NICOLÒ, voce "Aspettativa (dir. civ.)", in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss., ricostruisce la struttura dell'aspettativa come fattispecie a formazione successiva, il cui completamento dipende dall'avveramento di fatti giuridici futuri. In particolare, la tutela dell'ordinamento si esprime attraverso la concessione di poteri cautelari e/o conservativi al soggetto interessato all'avveramento della fattispecie, di modo da evitare che il soggetto avente l'interesse contrario possa ostacolare il corso naturale degli eventi. Secondo l'A., poiché «la tutela dell'aspettativa non si esplica mai in via assoluta e incondizionata – come accade quando si è in presenza di un diritto soggettivo –, ma solo nell'ipotesi in cui il soggetto ha interrotto o alterato la sequenza naturale, onde precludere il perfezionamento della fattispecie», la figura non può essere associata al diritto soggettivo (come pure aveva ritenuto una certa corrente dottrinale molto diffusa in Germania); ma ciò non basta ad escludere che sia quantomeno una situazione giuridica protetta, poiché la tutela ad essa riservata rientra nella tutela più in generale apprestata agli effetti preliminari della fattispecie negoziale (per quanto tale espressione implichi genericamente alcuni doveri che incombono alle parti nella fase anteriore al perfezionamento del negozio).

V. pure A. DE CUPIS, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.* 2/1983, 104 ss., ove – a margine di un caso incentrato sulla ammissibilità della tutela risarcitoria per lesione dell'aspettativa alla futura successione del figlio nei confronti del genitore – ricorda che, in generale, «l'aspettativa giuridica è individuabile quando l'interesse al futuro verificarsi di un fatto futuro è tutelato giuridicamente (art. 1356, 1358-1359): quando, invece, tale interesse, come verificasi riguardo alla futura successione, non è tutelato giuridicamente, non corrisponde ad esso un'aspettativa giuridica o legittima, di cui non è indebitamente dilatabile, a proprio arbitrio, la nozione [...] Quando si arriva a fondare il risarcimento su un'aspettativa che si riduce a mera attesa di fatto di un beneficio economico, sul presunto verificarsi di un fatto futuro che in realtà è completamente incerto e subordinato al discrezionale esercizio dell'altrui diritto, allora vuol dire che si è abbandonata la via della ragione per abbandonarsi ad un estro prescindente dalla pacata riflessione». La critica è rivolta espressamente alle opinioni espresse, altrettanto autorevolmente, da G. ALPA, *Danno alla persona, aspettative legittime, criteri del risarcimento*, in *Giust. civ.* 1/1981, 2213 ss. e M. BESSONE, *Responsabilità civile per i danni derivati dalla lesione di aspettative «legittime»*, in

caso della tutela accordata al negozio condizionato, ai sensi dell'art. 1359 c.c.; o dei poteri conservativi/cautelari di cui agli artt. 639 e 640 c.c., in materia di disposizione testamentaria sottoposta a condizione risolutiva e legato rilasciato sotto condizione sospensiva).

In tal senso, sarebbe aspettativa di diritto quella che garantisce il diritto al risultato o, comunque, l'attivazione di alcune conseguenze favorevoli.

In una prospettiva (che ci pare) diversa, attenta dottrina ha puntualizzato che l'essenza dell'aspettativa risiede nell'attesa di un evento giuridico più o meno probabile, «ma pur sempre incerto e per ragioni estranee alla volontà di chi attende»<sup>169</sup>.

Così ragionando, allora, il contraente che attende il verificarsi dell'evento dedotto in condizione sarebbe sempre titolare di un'aspettativa rilevante per il diritto, a maggior ragione se si osserva che qui è già in essere un rapporto negoziale ad efficacia vincolante<sup>170</sup>; se, invece, si qualifica come aspettativa di fatto quella che viene sostanzialmente “ignorata” dall'ordinamento, tale dovrebbe essere la situazione di chi ha condizionato l'efficacia del negozio ad un accadimento futuro ed incerto.

A tal proposito, si osservi che se è vero che il citato art. 1359 c.c. tutela l'avveramento della condizione sospensiva, va altresì considerato che non è l'aspettativa alla realizzazione dell'evento dedotto in condizione ad essere garantita *tout court*, bensì solo quella aspettativa il cui mancato avveramento sia dipeso da causa imputabile alla parte che aveva un interesse contrario all'avveramento stesso.

Per quanto nobile l'intenzione di tracciare un confine tra aspettative di fatto e di diritto, le esigenze sistematiche devono confrontarsi con la circostanza che l'aspettativa – sia essa di fatto o di diritto – resta pur sempre una condizione psicologica, un'ambizione e, dunque, una figura essenzialmente soggettiva; vi sono casi, poi, in cui tale aspirazione si arricchisce di una connotazione oggettivante, idonea a trasferirla dal piano puramente soggettivo a quello di tutela dell'ordinamento.

*Riv. giur. circol.*, 1982, 874 ss., entrambi in nota favorevole a Cass. n. 4137 del 25 giugno 1981. Nella prospettiva di questi ultimi A. non si può negare tutela all'aspettativa di conseguire un certo utile patrimoniale dal rapporto che lo lega alla vittima, né si può impedire che, nella valutazione di meritevolezza, incidano anche criteri metagiuridici (quale può essere la considerazione che il particolare vincolo affettivo tra genitori e figli, induce i primi a destinare i propri risparmi alla successione ereditaria in favore dei secondi).

<sup>169</sup> Così R. SCOGNAMIGLIO, voce “Aspettativa di diritto”, in *Enc. dir.* III, Milano, 1958, 226 ss., si è chiesto se l'aspettativa possa costituire una nuova e diversa situazione giuridica; cioè se, al verificarsi di un diritto corrisponda qualche autonomo effetto c.d. preliminare (al completamento della fattispecie e dunque alla realizzazione dell'aspettativa stessa) che rappresenta qualcosa in più della mera aspettativa di fatto e che si pone in rapporto di autonomia rispetto agli effetti c.d. finali («un germe del futuro diritto»). L'A., invero, dubita che possa configurarsi un mezzo diritto, tra il fatto e il diritto, perché il diritto, materialmente, esiste oppure no. Da questo punto di vista, l'aspettativa «potrebbe essere soltanto raffigurata come un diritto nuovo ed autonomo, seppur proiettato, per così dire, verso la nascita di un futuro diritto». L'A. non è convinto neppure dalle ricostruzioni dell'aspettativa alla stregua del diritto potestativo o della figura del “diritto al diritto” e giunge a concludere che le difficoltà teoriche suscitate da tale figura hanno indotto la dottrina a rinunciare ad ammettere l'esistenza di un diritto di aspettativa e ad evitare di attribuirvi un rigoroso significato tecnico, nella consapevolezza che il ricorso all'aspettativa può assumere un valore essenzialmente descrittivo.

<sup>170</sup> Come ci fa notare R. SCOGNAMIGLIO, voce “Aspettativa di diritto” *ult. cit.*, 231.



Ma non è possibile affidarsi ad un criterio discrezionale unitario e valido per tutte le fattispecie, nella consapevolezza che anche una aspettativa (in apparenza) di mero fatto può essere destinataria di una qualche forma di tutela<sup>171</sup>.

È noto che l'opera creatrice della giurisprudenza abbia progressivamente eroso il perimetro del danno risarcibile, includendo tra gli interessi meritevoli di tutela anche aspettative di fatto che diventavano, così, giuridicamente rilevanti (a dimostrazione della fluidità del confine tra ciò che ci si può attendere solo in via di fatto e ciò a cui si può aspirare fondatamente perché assistito dal diritto).

I rapporti familiari offrono esempi significativi: si pensi all'aspettativa dei figli, pure se maggiorenni, agli aiuti economici da parte della famiglia o, all'inverso, all'aspettativa dei genitori al contributo economico futuro da parte del figlio minore leso o ucciso<sup>172</sup>.

Vi è una certa assonanza concettuale con la *chance*, poiché quest'ultima condivide con l'aspettativa la dinamica dell'aspirazione, della tensione verso un risultato, della potenzialità. Ci sembra, tuttavia, che l'aspettativa (dal latino "*ad spicere*", "guardare verso") si distingua dalla *chance*, nella misura in cui implica l'attesa passiva e priva di iniziativa di chi custodisce un'ambizione e si aspetta di vederla compiuta, senza per questo incidere sul corso degli eventi che conducono alla realizzazione del risultato finale.

La *chance*, invece – sia chiaro: quando intesa come *quid* giuridico preesistente – sottende una partecipazione attiva al raggiungimento del vantaggio: così, il partecipante al concorso ambisce all'assunzione o alla promozione svolgendo le prove previste e mettendo in campo il suo bagaglio professionale e il paziente, adeguatamente informato, esercita il suo legittimo diritto di autodeterminazione nel rapporto di cura (è più arduo, invece, attribuire un ruolo attivo al paziente che si affida alle cure mediche e subisca poi la lesione della sua *chance* di vivere più a lungo).

Alla luce delle premesse considerazioni, è coerente negare alla *chance* la qualità di aspettativa in senso tecnico giuridica, come ritenuto da un'autorevole dottrina che, però, ha relegato la *chance* nello spazio giuridicamente irrilevante degli interessi di mero fatto, immeritevoli di tutela<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Come ritenuto da A.C. PELOSI, voce "Aspettativa di diritto", in *Noviss. Dig.*, Torino, 1987.

<sup>172</sup> V., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 721.

<sup>173</sup> Alla luce di quanto esposto, possiamo escludere la qualificazione della *chance* come aspettativa in senso tecnico, diventando irrilevante dunque collocarla tra le aspettative di fatto o di diritto. È pertinente il richiamo all'autorevole opinione di F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 4/1965, 47 ss., che aveva screditato la *chance*, definendola come "mero interesse di fatto" (in nota adesiva ad una sentenza della corte d'Appello di Parigi del 6 marzo 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). Il commento muove preliminarmente dall'indagine sulla sussistenza, nel caso di specie, della lesione del diritto di credito della banca; la risposta è negativa, mancando il presupposto essenziale dell'essere il danno conseguenza immediata e diretta dell'illecito, come pretende l'art. 1223 c.c. Infatti, la banca poteva trovare soddisfazione del proprio credito nel patrimonio lasciato dal defunto e il fatto che ciò non accada in concreto è circostanza che non può ricadere sul terzo. Un tale nesso di immediatezza potrebbe allora riscontrarsi tra il fatto del terzo e la perdita della *chance* che il cliente prima o poi restituiva la somma, ma essendo la *chance* un «mero interesse di fatto», viene a mancare la lesione di un «diritto soggettivo o, comunque, di un interesse giuridicamente tutelato». L'A. ci fa notare, peraltro, come la sentenza in

11. *Il rapporto tra chance e interesse legittimo: il dibattito giurisprudenziale.*

Resta da analizzare il rilievo della *chance* nel campo del diritto amministrativo, ove ogni riflessione sul risarcimento del danno in generale deve muovere i primi passi dalla storica sentenza della Cass. n. 500 del 22 luglio 1999<sup>174</sup> che, come noto, diede avvio ad una nuova stagione della responsabilità civile, all'insegna della risarcibilità degli interessi legittimi.

I più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa – in costante dialogo con quella ordinaria civile – ci consentono di osservare come il dibattito giurisprudenziale relativo all'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita di *chance* sia fortemente ancorato al dualismo tra teoria ontologica ed eziologica<sup>175</sup>.

Come noto, la sez. V del Consiglio di Stato con sentenza non definitiva n. 118, 11 gennaio 2018<sup>176</sup> ha rimesso all'Adunanza plenaria<sup>177</sup> la questione della spettanza del risarcimento da

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.

<sup>174</sup> Come prevedibile oggetto di numerosissimi commenti: 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. COCCA, *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.

<sup>175</sup> Per una completa e recente rassegna sul danno da perdita di *chance* rispetto all'attività della pubblica amministrazione, v. S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, cit., spec. cap. III, 69 ss. Si vedano pure le considerazioni di carattere generale di 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>176</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 ci 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>177</sup> Che si è pronunciata con ord. n. 7 dell'11 maggio 2018, restituendo gli atti alla sezione rimettente come previsto dall'art. 99 co. 1, ultimo periodo, c.p.a., rilevata l'impossibilità di affermare un principio di diritto, in ragione del fatto che ciò avrebbe potuto interferire con i profili già esaminati e risolti dalla sezione rimettente con sentenza non definitiva n. 118/2018, in relazione all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, tra cui soprattutto ingiustizia del danno e nesso di causalità, all'accertamento probatorio, agli eventuali criteri di liquidazione; d'altro canto proprio la definizione di tali aspetti così rilevanti avrebbe inevitabilmente condizionato l'Adunanza Plenaria nella formulazione del principio di diritto.

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>178</sup> (che, nel caso di specie, era quello delle telecomunicazioni).

La rimessione al giudice della nomofilachia amministrativa<sup>179</sup> è stata giustificata dal riscontro di un netto contrasto in seno alla stessa giurisprudenza<sup>180</sup> – e con riferimento non

<sup>178</sup> In questo senso già Cons. Stato n. 5097 del 27 agosto 2009.

<sup>179</sup> Su cui v. la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 2 del 23 febbraio 2018, con il commento di F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 5/2018, 629 ss.

<sup>180</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 CdS 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 (ma si osserva che, in un caso del genere, l'impresa non potrebbe lamentare un danno da perdita di *chance*, proprio perché, una volta annullati gli atti che inficiavano la prima procedura, la gara potrebbe, a talune condizioni, essere ripetuta); 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 – oggi 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. Stato n. 697 del 28 gennaio 2019 – e in termini identici l'ancor più recente Cons. Stato n. 2181 del 2 aprile 2019 (testi reperibili sul sito della giustizia amministrativa) – 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 Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6, in più occasioni richiamata dall'appellante); 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 occasioni di guadagno connesse all'esecuzione del contratto mai stipulato (*i.e.*: il c.d. “interesse positivo”). V. anche la ricognizione giurisprudenziale tracciata da 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 (riconducibile al *dictum* di Cons. Stato n. 5323 del 14 settembre 2006) che cercava di

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.

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.

*11.1. L'apporto dottrinale al dibattito sulla configurabilità della chance come bene della vita sotteso all'interesse legittimo (pretensivo) nel caso di incertezza su quale sarebbe stato il contenuto del provvedimento amministrativo.*

Al di là dell'opzione fra teoria ontologica ed eziologica (abbiamo già spiegato che le differenze sfumano e gli opposti orientamenti trovano punti di contatto) ciò che interessa capire è a quali condizioni la lesione di un interesse legittimo pretensivo – a cui è sottesa la lesione dell'interesse al bene della vita, secondo il canone della sentenza di Cass. n. 500/1999 – possa fondare la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*<sup>181</sup>.

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).

<sup>181</sup> Il risarcimento del danno *tout court* sarà riconosciuto quando sia accertato che, “secondo un criterio di normalità”, il provvedimento della pubblica amministrazione abbia illegittimamente negato ciò che doveva essere accordato, come ricorda F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.* 3/2001, 632 ss., per cui non vi sarà alcun nesso tra l'illegittimità del provvedimento amministrativo e il danno lamentato, se il provvedimento non avrebbe potuto essere di contenuto diverso (il che accade sia quando il potere amministrativo è vincolato in astratto, sia quando lo è in concreto, perché le circostanze del caso di specie escludono alternative).

La riflessione di un'accurata dottrina, con cui ci accingiamo a confrontarci, dimostra una certa distanza rispetto al tenore del dibattito giurisprudenziale<sup>182</sup> che, quando si esprime in termini di *chance* ontologica non si premura di chiarire davvero in profondità i presupposti in base ai quali la *chance* dovrebbe essere il bene della vita sotteso all'interesse legittimo leso; e quando ragiona all'insegna del modello eziologico pare concentrarsi esclusivamente sull'attribuzione di un valore alla *chance* ai fini della liquidazione del danno.

Orbene, attribuendo una rilevanza dirimente, anche in campo amministrativo, all'incertezza dell'evento di danno, si può pensare di valorizzare la *chance* nei casi in cui non sia possibile accertare «l'incidenza della violazione di regole formali sul contenuto del provvedimento», e cioè quando non sia possibile pronosticare se il provvedimento sarebbe stato diverso all'esito della corretta applicazione della legge da parte dell'amministrazione<sup>183</sup>.

Affinché vi sia perdita di *chance*, però, non è sufficiente prospettare al giudice la prognosi di un generico risultato più favorevole (perché ciò equivarrebbe ad attribuire, senza alcuna giustificazione, un valore normativo anche ad eventualità casuali e non rientranti nelle conseguenze prevedibili dell'applicazione della norma della cui violazione si tratta); perché possa parlarsi di *chance* come bene giuridico<sup>184</sup>, è necessario provare che la norma violata dalla p.a. svolga una funzione protettiva anche «del pieno dispiegarsi del potenziale di successo nel quale la *chance* consiste»<sup>185</sup>; e cioè che la p.a. avrebbe dovuto misurare la propria

<sup>182</sup> 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*.

<sup>183</sup> Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 76 ss., anche nel caso di risarcimento del danno da perdita di *chance*, l'incertezza potrebbe riguardare solo l'esito del procedimento amministrativo nell'eventualità in cui la p.a. non fosse incappata in un motivo di illegittimità della propria azione, ma deve essere certo che quel motivo di illegittimità abbia cagionato la lesività del provvedimento amministrativo. L'utilizzo della tecnica della *chance* da parte della giurisprudenza per rimediare alla impossibilità di provare la relazione causale tra illegittimità e lesione è alquanto discutibile, secondo l'A., poiché la valutazione della perdita di *chance* dovrebbe riguardare solo il piano delle conseguenze risarcibili della lesione, e non può servire invece a chiarire il dubbio in ordine alla stessa esistenza di un danno a causa del provvedimento illegittimo.

<sup>184</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 75 ss.; v. anche ID., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici*, cit., spec. par. 7, ove, a proposito di aggiudicazione di contratti pubblici, l'A. torna a sottolineare le contraddizioni che insidiano il ricorso alla tecnica della *chance*, anche in punto di individuazione del bene della vita che riceve protezione nella forma dell'interesse legittimo. Nelle fattispecie legate al danno da perdita di *chance* di aggiudicazione, non bisogna dimenticare che l'aggiudicazione stessa è solo una «*chance* di contratto» e non corrisponde al contratto stesso; inoltre l'interesse strumentale protetto è quello di «partecipare ad una trattativa corretta» e la relativa lesione «trova riparazione, di regola, nell'eliminazione degli atti illegittimi che ledono l'interesse in questione. Quando la tutela ripristinatoria non è possibile, il risarcimento per equivalente non dovrebbe andare oltre ciò che corrisponde alla sostanza dell'interesse considerato, che [nel caso di specie deve coprire] le spese inutilmente affrontate per partecipare alla gara, e le occasioni perdute per aver confidato nella correttezza della medesima. Il risarcimento corrisponde quindi al c.d. interesse negativo» e non, come ritiene quell'orientamento giurisprudenziale commentato dall'A., all'interesse positivo coincidente con il profitto che si sarebbe ricavato dal contratto.

<sup>185</sup> Così, condivisibilmente, F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno*, cit., par. 4. L'A. reca l'esempio del provvedimento assunto da un'autorità territorialmente incompetente: non si può escludere, in

discrezionalità (pura o tecnica) con l'assolvimento di quella funzione protettiva ossia che, in altre parole, l'amministrazione ha violato obblighi dalla cui osservanza dipendeva la «conservazione» della *chance*<sup>186</sup>.

Il che equivale a dire che il giudice deve senz'altro compiere un giudizio prognostico<sup>187</sup> su quale sarebbe stato il probabile esito, nel caso di condotta legittima della p.a.; e tale

astratto, che l'autorità territorialmente competente avrebbe assunto una decisione favorevole all'interessato, ma questa possibilità non si traduce in *chance* risarcibile, poiché non può ascriversi alle norme sulla competenza territoriale una funzione protettiva delle *chances* del privato di ottenere il provvedimento atteso. La definizione di *chance* risulta arricchita della considerazione della tutela apprestata dall'ordinamento e consiste, pertanto, nella «possibilità di conseguire o di conservare un'utilità alle condizioni stabilite dall'ordinamento».

<sup>186</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.* 4/2013, 1005 ss., scrive efficacemente che «affinché sia accordata la tutela risarcitoria occorre che l'illegittimità sia dovuta alla violazione di prescrizioni che, se osservate, avrebbero reso quanto meno possibile il contenuto favorevole del provvedimento».

<sup>187</sup> A partire dalla distinzione tracciata da F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2000, 346 ss., l'A. ripropone la differenza tra la «tecnica» basata sulla perdita di *chance* e quella del «giudizio prognostico» (cfr. *La responsabilità civile*, cit., 78 ss. e il successivo *La chance nel diritto amministrativo*, *Dir. proc. amm.* 3/2015, 873 ss.) secondo un'argomentazione che ci pare essere l'unica forzatura della sempre acuta riflessione dell'A. in materia di *chance* nel diritto amministrativo. C'è da premettere, inoltre, che le ragioni per cui Busnelli, nel commentare le sezioni unite del '99, aveva prefigurato questa distinzione erano, ai nostri occhi, molto chiare: il giudizio prognostico doveva servire a riconoscere i casi di lesione dell'interesse legittimo risarcibile per la presenza di un oggettivo affidamento riposto sull'esito positivo. Dall'altra parte l'illustre Maestro considerava la perdita di *chance* alla stregua di una mera aspettativa di fatto: in pratica, secondo la nostra inesperta lettura, voleva dire che il giudizio che sta alla base della volontà di risarcire la *chance* – che è pur sempre intimamente e logicamente prognostico – non è ancorabile ad un dato oggettivo e dunque non è percorribile. Quando Trimarchi Banfi distingue l'incertezza circa le conseguenze dannose della lesione, dall'incertezza, che sta a monte, sulla lesività del provvedimento illegittimo e, in particolare, sul nesso causale tra il motivo dell'illegittimità ed il contenuto materiale del provvedimento, ricollega al primo tipo di incertezza, la tecnica della perdita di *chance* e al secondo, la tecnica del giudizio prognostico. Francamente non riusciamo a cogliere la concreta utilità di questo confine: ci sembra che nell'una come nell'altra ipotesi il giudice debba compiere un giudizio prognostico. Ove il privato lamenti il danno subito per la perdita della possibilità di partecipare ad una gara, a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa, oggetto della valutazione prognostica attiene all'eventuale esito della gara qualora la partecipazione non fosse stata negata. Se, diversamente, l'azione risarcitoria reclama il ristoro subito per il mancato raggiungimento del risultato finale favorevole, si presenta comunque al giudice la necessità di effettuare un giudizio prognostico, al fine di accertare il nesso causale tra il vizio del provvedimento e la lesione (un giudizio prognostico è sempre presente quando la sequenza causale deve essere ricostruita su base ipotetica, immaginando quale sarebbe stata la conclusione partendo da premesse fattuali alternative). L'unica via d'uscita è ritenere che, nel caso in cui la fattispecie risarcitoria riguardi l'asserita lesione di un bene strumentale (es. partecipazione alla gara), si tratti davvero di danno da perdita di *chance*, che, invece, non viene in rilievo quando il danno lamentato abbia ad oggetto il mancato ottenimento del provvedimento favorevole e del risultato vantaggioso che da questo il privato avrebbe ricavato. In circostanze di quest'ultimo tipo, coincidenti con l'adozione di provvedimenti illegittimi a causa di vizi formali, «è possibile che si disponga di elementi fattuali – esistenti al tempo dello svolgimento del procedimento – i quali potrebbero permettere di raggiungere conclusioni ragionevolmente certe in ordine al contenuto che il provvedimento avrebbe assunto se fossero state osservate le regole di esercizio dell'azione amministrativa» (*La responsabilità civile*, cit., 82). Riusciamo a riconciliarci con la distinzione tra *chance* e giudizio prognostico, se ci allontaniamo dalla definizione della *chance* perduta come autonomo oggetto di tutela e la consideriamo come una tecnica di giudizio (si torni qui con la mente alle prime pagine della trattazione dedicate alla teoria di Pietro Trimarchi) adoperabile dal giudice in alternativa al

giudizio ipotetico non è così diverso da quello teso a sorreggere il risarcimento del lucro cessante.

Il *quid pluris* del giudizio di prognosi che prende a riferimento il concetto di *chance* è proprio la contemplazione della stessa come bene giuridico<sup>188</sup>; anche se non crediamo possa trattarsi di bene davvero autonomo rispetto al bene della vita a cui il privato aspirava per il tramite dell'esercizio di un'attività amministrativa.

#### 11.2. (segue) non bisogna cadere nell'equivoco di identificare la *chance* nell'interesse legittimo.

giudizio prognostico. Concretamente si dovrebbe, in prima battuta, tentare di addivenire ad una prognosi sul probabile esito del procedimento amministrativo; se ciò non è possibile – perché siamo ad esempio in un caso di insondabile discrezionalità pura – la tutela risarcitoria può essere salvata tramite il ricorso alla *chance*, la cui perdita potrà essere risarcita in quanto tale (secondo una schietta applicazione della teoria ontologica) ovvero in ragione della prova – ancora una volta prognostica – della materiale esistenza di una *chance* (il che ricollega eziologicamente la possibilità al risultato). Ed è così che ha, sostanzialmente, sempre ragionato il Consiglio di Stato, pur oscillando tra i poli opposti della teoria ontologica e quella eziologica: lo spiega S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance*, cit., 69 ss., passando in rassegna la più e meno recente giurisprudenza amministrativa, dalla cui analisi risulta in effetti questa alternatività tra perdita di *chance* e giudizio prognostico, che si vorrebbe evitare ad ogni costo, in quanto costringe in giudice a sostituirsi all'amministrazione nello svolgimento di valutazioni tipicamente discrezionali. Infatti l'A. evidenzia pure l'esistenza di un orientamento sostenuto in dottrina (v. i riferimenti di p. 74, nota 15) e da una giurisprudenza minoritaria (nota 16) che, nell'intenzione di fare a meno del ricorso al concetto di *chance*, ha qualificato la responsabilità della p.a. per lesione dell'interesse legittimo in termini di responsabilità contrattuale da contatto amministrativo qualificato, tale che «il danno risarcibile non [sarebbe] più correlato alla perdita del bene a cui il privato aspira, ma ancora prima all'inadempimento degli obblighi di comportamento gravanti sulla p.a. per effetto dell'instaurarsi del contatto amministrativo». Ribadiamo che tale distinzione non ci sembra pienamente sensata, perché, a nostro avviso, anche il risarcimento della perdita di *chance* si risolve inevitabilmente in una prognosi sull'esistenza della *chance*, poiché non si può dare per scontato che: a) l'impresa X avesse delle *chances* in concreto di partecipare alla gara Y e di partecipare per ottenere l'aggiudicazione, dato che si fa fatica ad immaginare che un'impresa voglia concorrere per il semplice gusto della competizione; b) proprio il vizio in cui è incorsa l'amministrazione abbia cagionato la compromissione della *chance* di “partecipare per vincere”. In altre parole tale concezione della *chance* perduta è coerente solo con una impostazione puramente ontologica della *chance*, la quale però entra in collisione con l'impossibilità di risarcire un danno *in re ipsa* (e lo ha rilevato pure il Consiglio di Stato nella recente ordinanza di rimessione all'A.P., in cui si faceva il punto delle divergenze tra teoria ontologica ed eziologica) e non si preoccupa minimamente del problema legato alla individuazione del bene della vita sotteso all'interesse legittimo e della cui tutela risarcitoria si tratta.

<sup>188</sup> È ancora il pensiero di F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, *Dir. proc. amm.* 3/2015, 873 ss., sul punto par. 7. Sulla scorta delle perplessità già mosse verso le tesi dell'A., osserviamo che delle due l'una: o la perdita di *chance* è considerata una tecnica di giudizio alternativa a quella del giudizio prognostico che, invece, si può adoperare quando la discrezionalità amministrativa nel caso di specie è “dominabile” e dunque si riesca a chiarire quale sarebbe stato l'esito dell'azione amministrativa; ovvero la *chance* viene elevata al rango di bene o situazione o posizione tutelabile e allora diventa essa stessa oggetto del giudizio prognostico avente lo scopo di svelare i presupposti di concreta realizzabilità della *chance* stessa. Dissente dalla qualificazione della *chance* come bene giuridico L. DI GIOVANNI, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 6/2017, 778 ss., il quale non solo ritiene che la *chance* non possa essere annoverata tra i beni giuridici, ma altresì ne rifiuta la qualificazione di situazione giuridica soggettiva. Essa non è un bene giuridico, in quanto non risponde ai canoni «della utilità e della limitatezza individuati dalla dottrina civilistica per a configurazione delle cose *ex art.* 810 c.c.»; e non è una situazione giuridica «considerato che la medesima non corrisponde per natura e struttura all'interesse legittimo». Con particolare riguardo al settore dei contratti pubblici, l'ordinamento non tutela l'aspirazione a partecipare alla gara, ma l'interesse legittimo pretensivo riferito al bene della vita dell'aggiudicazione, ossia il risultato finale e non la mera possibilità di raggiungerlo.

Si potrebbe osservare che l'incertezza sia caratteristica intrinseca alla tutela dell'interesse legittimo in quanto tale e così ammettere una sostanziale identità tra la *chance* e interesse legittimo, in quanto figure parimenti sorrette da una "ambizione" del soggetto. A tale suggestione si è replicato che l'errore consiste nell'attribuire un significato univoco alla categoria dell'incertezza, là dove, invece, va tenuto in debito conto che l'una cosa è l'incertezza circa il risultato di una competizione il cui svolgimento è presidiato da norme ben precise, altro è l'incertezza che deriva dallo svolgimento di un'attività amministrativa puramente discrezionale<sup>189</sup>.

Per quanto siamo convinti della differenza esistente tra *chance* e interesse legittimo, non comprendiamo fino in fondo come mai il criterio distintivo dovrebbe essere ricercato nella qualificazione dell'azione amministrativa come vincolata o discrezionale; di talché con riferimento alla prima dovrebbe parlarsi di lesione di un interesse legittimo e all'altra di lesione della *chance*.

Vi è, secondo noi, nell'uno e nell'altro caso (quando cioè il bene sotteso all'interesse legittimo non sia la semplice *chance*, ma un bene c.d. finale) un interesse legittimo a monte, tale da giustificare il rapporto tra privato e p.a.

Invero ci pare di rinvenire un più evidente tratto distintivo tra l'interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l'aspirazione (e la pretesa) alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'avvio del procedimento – per poi trovare nello svolgimento dello stesso la sua concretizzazione – la *chance* viene in rilievo quando è stata perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile.

Non possiamo qui ripercorrere la storia della nozione di interesse legittimo, né del resto un tale sforzo rientrerebbe, se non trasversalmente, nell'economia della nostra trattazione;

<sup>189</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, par. 4 e 5, appunto rifiuta la tesi dell'incorporazione della *chance* nell'interesse legittimo: non bisogna cadere in errore e ritenere che ogni generale aspirazione del privato (che ad es. chieda un'autorizzazione alla p.a.) sia in quanto tale una *chance*. In una precedente occasione – v. il suo *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 75 ss. – Trimarchi Banfi aveva, a nostro avviso, spiegato meglio la differenza tra *chance* e interesse legittimo, facendo emergere peraltro la ragione essenziale per cui la *chance* in campo amministrativo non può che essere un bene "strumentale" e, dunque, una proiezione dell'utilità finale perseguita dal privato. L'A. spiegava che vi sono casi in cui la *chance* si atteggia a bene "strumentale", cioè mezzo necessario a procurarsi l'utilità finale: si pensi all'ipotesi in cui il provvedimento illegittimo nega al soggetto interessato la partecipazione ad una procedura di selezione. In altre ipotesi l'utilità negata ha carattere finale, nel senso che l'amministrazione ha respinto l'istanza volta ad ottenere un'autorizzazione. In quest'ultimo caso esiste una *chance* in senso empirico, «che ha riguardo all'incertezza circa l'esito della richiesta», ma tecnicamente «il provvedimento di diniego, invero, non sottrae al richiedente una *chance* [...] ma si presenta piuttosto come il risultato (negativo) dell'esperimento di una *chance*». Nelle fattispecie del secondo tipo, la *chance* viene a confondersi con la nozione stessa di interesse legittimo: se fosse un terzo a rendere impossibile la presentazione dell'istanza con il proprio comportamento fraudolento, di perdita di *chance* potrebbe ancora parlarsi; ma «l'attività dell'autorità che interviene dopo la proposizione della domanda "amministra" la *chance*». G.P. CIRILLO, *Il risarcimento del danno e l'incidenza della mancata proposizione dell'azione di annullamento nella sua valutazione*, consultabile sul sito della giustizia amministrativa, ritiene, invece, che proprio il riconoscimento del risarcimento del danno da perdita di *chance* nel processo amministrativo abbia consentito la piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo.



fortunatamente il recente studio di un autorevole amministrativista<sup>190</sup> ci consente di spendere qualche parola sulla natura dell'interesse legittimo, al fine di rimarcare il confine che lo separa dalla *chance*.

<sup>190</sup> Ci riferiamo all'opera di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017 (di cui si trovava una anticipazione già nello scritto *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.* 2/2011, 379 ss.) che, nella prima parte, è dedicata all'indagine storica sulla «gestazione» dell'interesse legittimo, a partire dalle elaborazioni di Meucci e Ranalletti, fondamentali per l'affermazione di una (inizialmente) duplice configurazione: da un lato, «l'interesse occasionalmente protetto» rappresentato dall'interesse individuale incarnato – fino a perdere ogni specifico rilievo – nell'interesse generale; dall'altro il diritto soggettivo affievolito nel rapporto con la pubblica amministrazione, per cui, tra gli stessi diritti soggettivi, si distinguevano quelli più intensamente tutelati in quanto “perfetti” e garantiti da un'attività amministrativa vincolata, da quelli meno intensamente tutelati e, perciò, suscettibili di compressione per esercizio autoritativo del potere (per una sintesi, v. 34-38; e ancora 64 ss., per un raffronto tra le sfumature non irrilevanti che emersero tra le varie posizioni dottrinali, nonostante la quasi universale accettazione della teoria del Ranalletti sulla doppia configurazione dell'interesse legittimo). L'A. ci spiega come, inizialmente e prima di giungere ad accettare l'idea dell'interesse soggettivo come situazione giuridica soggettiva, il rapporto diritto soggettivo – azione fosse preservato sulla base della considerazione di irrilevanza dell'interesse privato, se non come riflesso della tutela dell'interesse pubblico o, per gli studiosi che ricostruirono l'interesse legittimo in chiave processuale, come interesse ad agire. A tal proposito il contributo di Chiovenda è stato fondamentale per spezzare il legame tra diritto soggettivo e azione e concepire, così, anche il diritto di chiedere in giudizio l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (41 ss.).

Più tardi la teoria dell'interesse legittimo *sub species* di interesse occasionalmente protetto e di diritto affievolito inizia a vacillare, mostrando i segni evidenti della sua debolezza, innanzitutto perché si comincia a rilevare l'anomalia di una categoria unitaria entro cui si riconducevano due figure diametralmente opposte; ma anche per il motivo che gli autori iniziano a notare che pure i diritti soggettivi c.d. perfetti – tra cui, addirittura, il “sacro” diritto di proprietà – erano assoggettabili al potere della autorità amministrativa e così al fenomeno dell'affievolimento (100 ss.). Seguirà la stagione delle tesi “processualistiche” e “strumentali”, che intendevano negare ogni rilevanza dell'interesse legittimo sul piano del diritto sostanziale e, di conseguenza, sul piano dell'oggetto del giudizio amministrativo (v. la completa e ragionata analisi delle ricostruzioni di Guicciardi, Garbagnati, Allorio, Attardi, 119 ss., che fanno riferimento, seppure tramite argomentazioni non sempre identiche, al potere o diritto di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo); secondo Scoca, «ciò che colpisce a proposito di queste tesi, formulate non solo dopo la Costituzione, ma radicate sulle disposizioni costituzionali, è di non avvertire che le formule costituzionali hanno riconosciuto la natura sostanziale dell'interesse legittimo: l'art. 24 parla di tutela degli interessi legittimi, presupponendo che si agisca in giudizio per tutelare qualcosa che esiste fuori e prima del giudizio», per cui oggi predicare l'inesistenza o l'irrilevanza dell'interesse legittimo sarebbe contrario al diritto positivo (155). Per l'affermazione compiuta dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva – e fondamentali sono stati in proposito gli studi di L. BIGLIAZZI GERI, della quale ci resta la preziosa voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IX, Torino, 1993, 527 ss. – bisognerà attendere la fine degli anni '60: «essa si colloca pertanto in una vicenda tipicamente dinamica, il cui risultato (il nuovo assetto di interessi), è dovuto all'esercizio (unilaterale) del potere dell'amministrazione; risultato che deve essere individuato, tenendo conto, oltre che (integralmente) degli interessi pubblici, (adeguatamente) degli interessi privati coinvolti; il che comporta che questi ultimi non siano affatto estranei rispetto alle scelte discrezionali dell'amministrazione» (208).

Per quanto la trattazione di Scoca sia più che esaustiva, si suggerisce la lettura dei contributi di N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.* 1/2015, 1 ss. e G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, *Dir. amm.* 3/2014, 479 ss., per la scrupolosa attenzione verso il classico tema della collocazione sistematica dell'interesse legittimo tra le situazioni giuridiche soggettive e della sua comparazione con il diritto soggettivo.

Se partiamo dalla definizione di interesse legittimo (pretensivo) come «posizione di vantaggio data ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità»<sup>191</sup>, realizziamo che l'interesse legittimo è la posizione giuridica che funge da presupposto per il perseguimento di una utilità o di un nuovo assetto di interessi o di un bene della vita<sup>192</sup>.

L'interesse legittimo implica una serie di poteri e strumenti dinamico-relazionali volti a consentire la partecipazione all'attività amministrativa e a pretendere il corretto svolgimento, i quali poteri e strumenti, a loro volta, si riflettono nel diritto successivo all'esercizio del potere di sindacare le modalità di svolgimento e, a talune condizioni, financo il contenuto di quell'attività<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> È la fortunata definizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (a cura di) E. CARDI e A. NIGRO, VI ed., Bologna, 2002, spec. 103.

<sup>192</sup> F.G. COCA, *op. ult. cit.*, 304-306, con riferimento al risarcimento degli interessi legittimi pretensivi, espone un argomento decisivo per escludere la possibilità di identificare l'interesse legittimo con l'aspettativa; argomento che riteniamo di poter trasporre al rapporto tra interesse legittimo e *chance*. Ad avviso dell'A. «è più corretto ritenere che l'interesse legittimo (pretensivo), inteso come interesse al provvedimento favorevole, convive con l'aspettativa di acquisizione di un bene della vita. Questo perché anche il provvedimento favorevole, essendo la condizione necessaria per l'acquisizione del bene della vita (finale), è, a sua volta, un evento, un bene. L'interesse legittimo, come situazione giuridica, ha come suo oggetto proprio il comportamento e il provvedimento dell'amministrazione; e, in relazione al suo oggetto, è dotato di strumenti di tutela giuridica di tipo attivo, idonei ad influire sull'esercizio del potere in senso favorevole al suo titolare; l'aspettativa [e la *chance*, di riflesso] ha, viceversa, ad oggetto il bene da acquisire attraverso il provvedimento, ed ha (se la ha) una tutela di carattere inattivo [...] In definitiva, l'interesse pretensivo non si identifica con l'aspettativa, come l'interesse oppositivo non si identifica con il diritto soggettivo "minacciato"».

<sup>193</sup> In ciò si riconosce il carattere dell'interesse legittimo di strumentalità rispetto al perseguimento del bene della vita e quindi all'ottenimento di un provvedimento favorevole: sul punto, v. F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., spec. 390-391, in dialogo con G. VERCILLO, *La tutela della chance – profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, spec. 32, il quale, nell'ambito della catalogazione delle situazioni giuridiche soggettive, include l'interesse legittimo tra le «situazioni giuridiche soggettive statiche di vantaggio strumentali a risultato non necessariamente garantito». La strumentalità dell'interesse legittimo, in ricostruzioni meno recenti, era individuata rispetto all'interesse pubblico generale; ma essa è parimenti riscontrabile nel rapporto tra interesse legittimo e interesse finale o materiale, «che, come tale, non ha (ancora) riconoscimento giuridico (nell'ipotesi dell'interesse pretensivo), o, se lo ha (nell'ipotesi dell'interesse oppositivo), esso non rileva nella vicenda dinamica in cui si trova a dover fare i conti con il potere amministrativo». La tutela della *chance* nel processo amministrativo non fa altro che confermare tale strumentalità, poiché se si riconoscesse il bene della vita (invece che il provvedimento favorevole) come oggetto unico ed immediato dell'interesse legittimo, l'unica tutela risarcitoria concepibile sarebbe rivolta alla compensazione della perdita del risultato finale e non anche della mera *chance* di conseguirlo. L'A., torna sulla differenza tra carattere strumentale e sostanziale dell'interesse legittimo a p. 410 ss., (e concordando con G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4/2014, 585 ss., nonché ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3/2014, 479 ss.), ammette che le due impostazioni siano in linea teorica entrambe ammissibili e che le ragioni addotte a sostegno della tesi del carattere sostanziale («da disciplina della risarcibilità; la emarginazione dei vizi formali e procedurali; l'azione di adempimento») andrebbero opportunamente confutate. Tuttavia la tesi del carattere strumentale è preferibile secondo S., innanzitutto perché non si può ammettere che l'unico titolare dell'interesse legittimo sia il privato che sarà soddisfatto all'esito del procedimento amministrativo in quanto unico legittimato alla titolarità del

11.3. *La lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente a giustificare il risarcimento del danno subito dal privato, che può essere riconosciuto solo in ragione del pregiudizio arrecato ad un interesse tutelato.*

La domanda a questo punto è: come entra in gioco la *chance* nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione? Essa sembra essere l'utilità di secondo grado, cioè "di riserva", a cui il privato può ambire (*rectius*: ha interesse ad ambire) nell'eventualità in cui si sia rivelato impossibile ottenere l'utilità "principale" che sarebbe derivata dall'adozione di un provvedimento favorevole.

Orbene lo schema di riferimento per il risarcimento del danno subito dal privato in seguito alla lesione dell'interesse legittimo resta tutt'oggi quello di Cass. n. 500/99: perché il danno possa qualificarsi come ingiusto, la lesione dell'interesse legittimo è presupposto necessario ma non sufficiente, essendo altresì necessario riscontrare la 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>194</sup>.

Il che equivale a dire, secondo noi, che la lesione dell'interesse legittimo è condizione sufficiente ad ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo, ma l'affermazione della responsabilità in capo alla p.a. e la conseguente imputazione dell'obbligo risarcitorio non possono che fondarsi sulla prova del danno subito, il quale trova fondamento innanzitutto nel riconoscimento del pregiudizio arrecato ad un interesse tutelato sotteso allo stesso interesse legittimo<sup>195</sup>.

bene della vita preteso. Al contrario tutti i privati che, nella vicenda concreta, incontrano il potere amministrativo – si pensi proprio al caso dei partecipanti ad una gara pubblica – sono portatori di un interesse legittimo ad ottenere un provvedimento favorevole tramite l'esercizio delle proprie prerogative procedurali. In secondo luogo, dal punto di vista logico, l'affermazione secondo cui oggetto dell'interesse legittimo è il provvedimento favorevole non è conciliabile con quella secondo cui l'oggetto dell'interesse legittimo è il bene della vita (cfr. p. 416). Invero, il processualcivilista scioglierebbe il nodo problematico, forse con un argomento banale, riconoscendo un oggetto mediato (bene della vita a cui si aspira) e un oggetto immediato (provvedimento richiesto).

<sup>194</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 299 ss., ma già nel suo *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 15 ss., reputa 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.

<sup>195</sup> Concordiamo sul punto con F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 26-27; ID., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 12-14, ribadisce che le critiche rivolte alla pronuncia delle 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

Tuttavia non crediamo che la risarcibilità della *chance* perduta derivi dal riconoscimento della stessa come autonomo bene della vita sotteso all'interesse legittimo<sup>196</sup>; l'unica via per ammetterne la natura di interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento è quella di considerarla come una proiezione o un'appendice dell'utilità "principale", ossia una porzione – l'unica ancora realizzabile – del bene della vita ambito (del resto le Sezioni unite del '99 avevano ritenuto che la "mera aspettativa" non fosse tutelabile in quanto tale).

In termini concreti la tutela risarcitoria del danno da perdita di *chance* sarà accessibile solo quando la *chance* potrà dirsi *definitivamente* perduta: infatti l'impresa può innanzitutto adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo e la riedizione dell'attività amministrativa (quando possibile); una volta constatata l'impossibilità di rimuovere gli effetti del provvedimento illegittimo – e a fronte dell'impossibilità di dimostrare che sarebbe stata senz'altro l'aggiudicataria – l'impresa potrà lamentare la perdita dell'occasione di vittoria e avrà la possibilità di essere compensata per equivalente attraverso il risarcimento del danno da perdita di *chance* di aggiudicazione ovvero di accrescimento curriculare e dell'immagine<sup>197</sup>. Riecheggia qui una certa subordinazione della tutela risarcitoria rispetto all'azione (tipica del processo amministrativo) di annullamento; eppure il tema della pregiudizialità si ripropone in termini parzialmente diversi e, diremmo, sostanziali.

#### 11.4. *Il rapporto tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno da perdita di chance.*

Intendiamo dire che il diritto al ristoro del danno subito per il sacrificio dell'occasione di partecipare alla gara (illegittimamente mai bandita dalla p.a.) non può dirsi sussistente se prima il privato non abbia tentato di demolire gli effetti dell'azione amministrativa illegittima. In altre parole, l'impossibilità di "azzerare" il rapporto contrattuale nel frattempo instaurato con altro soggetto, perché il giudice potrebbe ritenere di non dichiararne

dell'azione amministrativa». L'A., pertanto, smentisce le conclusioni raggiunte da Scoca e condivise, tra gli altri, anche da Castronovo (cfr. i riferimenti nella nota precedente) secondo cui la sentenza delle sezioni unite avrebbe avallato una inammissibile distinzione tra interessi legittimi risarcibili e non risarcibili, poiché bisogna prendere atto della possibilità che un provvedimento amministrativo sia illegittimo, ma non anche allo stesso tempo lesivo dell'interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo.

<sup>196</sup> Per quanto sia innegabile il legame tra *chance* perduta e responsabilità della p.a., nel senso già chiarito da C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.* 3/2007, 631 ss., spec. 652 ss., ad avviso del quale la responsabilità della p.a., assimilabile ad un *tertium genus* «con venature pubblicistiche», ha a che fare con un «pregiudizio [che] si avvicina alla cosiddetta perdita di *chance* e così alla liquidazione equitativo-probabilistica basata sulla prognosi di quali accrescimenti patrimoniali il privato avrebbe ritratto se la p.a. avesse bene agito». L'A. si sofferma significativamente sulle differenze strutturali tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi con riguardo al diverso atteggiarsi della tutela risarcitoria, che inevitabilmente, nel caso degli interessi oppositivi, è posta in secondo piano rispetto alla tutela costitutiva di annullamento.

<sup>197</sup> Ci si deve chiedere se l'impresa potrebbe pretendere il ristoro dei danni subiti a causa dell'originario diniego e del ritardo con cui l'utilità è stata conseguita: F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica*, cit., 89-90, porta l'esempio dei danni causati dall'improduttività dei beni non impiegati nello svolgimento di un'attività a causa del diniego da parte della p.a. Si tratterebbe di una perdita "temporanea" della *chance*, contemplata in taluni casi dalla giurisprudenza. Come osserva Trimarchi Banfi, però, questo ragionamento «trascura che l'attribuzione di valore alla mera possibilità di risultato utile [...] ha come presupposto l'impossibilità che la *chance* sia messa alla prova dei fatti: il risarcimento della *chance* è incompatibile con il perdurare di questa».

l'inefficacia,<sup>198</sup> e la impraticabilità della via consistente nella rinnovazione del procedimento amministrativo (conseguente all'annullamento del primo provvedimento<sup>199</sup>) sono elementi *lato sensu* costitutivi del diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Ciò è vero se si ha riguardo al risarcimento del danno da perdita della *chance* di ottenere proprio l'aggiudicazione in parola, ossia se il riferimento è alla *chance* come bene strumentale al perseguimento del bene finale della vita sotteso all'interesse legittimo; ma non è vero in termini assoluti, poiché il diritto risarcitorio potrebbe avere ad oggetto pure il pregiudizio economico cagionato dal sacrificio delle altre eventuali occasioni di guadagno<sup>200</sup>.

Da questo punto di vista, la fattispecie del danno da perdita di *chance* è indicativa della diversificazione dell'oggetto di tutela tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno, nell'ambito della quale il danno lamentato potrebbe trovare fondamento anche nella lesione di beni diversi da quello che aveva dato causa all'interazione tra interesse legittimo e potere della p.a.

Così la *chance* si colloca nella sequenza logica che avrebbe condotto alla soddisfazione dell'interesse legittimo quando è concepita come "strumento" votato al perseguimento dell'utilità finale. In capo allo stesso soggetto può però emergere anche una *chance* di natura diversa, non preordinata al raggiungimento di quel risultato favorevole dipendente dalla determinazione della p.a., bensì esistente *a latere*, in quanto relativa ad una serie di vantaggi il cui mancato ottenimento è riconducibile al rapporto che si è svolto tra privato e p.a. (ne

<sup>198</sup> Sul tema si rimanda al disposto degli artt. 121 e 122 c.p.a. che attribuiscono al giudice amministrativo il potere discrezionale di decidere se – al di fuori delle ipotesi di «gravi violazioni» di cui all'art. 121 (tra cui rientra anche la violazione da cui è originata la controversia tra Fastweb e Telecom dell'aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando al di fuori dei casi consentiti) in cui sicuramente il contratto è inefficace, ma v. l'eccezione di cui al co. 5 della norma – all'annullamento dell'aggiudicazione, debba o meno conseguire l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato e, in aggiunta, se la declaratoria di inefficacia abbia o meno efficacia retroattiva. Ne discute, tra gli altri, anche S. MIGLIETTA, *La tutela del concorrente escluso dopo l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima*, in *Urb. e app.* 2/2017, 256 ss.

<sup>199</sup> Si faccia attenzione: nel caso in cui il privato avrebbe potuto agire per l'annullamento del provvedimento illegittimo e lesivo, ma non lo ha fatto nel termine decadenziale di sessanta giorni, l'impossibilità di rimuovere il provvedimento ormai consolidatosi è dipesa dal comportamento omissivo colpevole del privato. Tale condotta, come noto, sarà valutata dal giudice amministrativo, il quale dovrà escludere «il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti», ai sensi dell'art. 30 co. 3 c.p.a.

<sup>200</sup> Ed è proprio questo un indice dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione costitutivo-caducatoria di annullamento: v., sul punto, le riflessioni di F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.* 3/2017, 771 ss., che evidenzia la differenza tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria, anzitutto quanto all'oggetto di tutela. Infatti «il "bene della vita" che è protetto dall'interesse legittimo è altra cosa rispetto ai molteplici beni della vita che appartengono al titolare dell'interesse stesso e che sono presi in considerazione, agli effetti della tutela risarcitoria»; ne parla anche S.R. MASERA, *Il nesso di causalità per il risarcimento della chance perduta*, in *Urb. e app.* 2/2015, 225 ss., in nota a Tar Lombardia Milano, n. 2152 del 30 luglio 2014, relativa ad un caso che traeva origine dall'annullamento del provvedimento di riconvocazione della commissione di una gara d'appalto che aveva provveduto ad annullare l'aggiudicazione provvisoria e a riammettere alla procedura un altro candidato inizialmente escluso (la sentenza si inserisce in quel filone giurisprudenziale che guarda alla perdita di *chance* come un problema di causalità, negando che essa possa avere un ambito di applicazione autonomo e distinto rispetto al danno cagionato all'aspettativa di risultato favorevole: in sintesi, si tratta di un'adesione alla teoria eziologica con l'accento sull'incertezza oggettiva del decorso causale, presupposto indispensabile perché si possa far ricorso alla tecnica risarcitoria della *chance*).

sono esempio la *chance* di guadagnare un appalto da spendere nel *curriculum* o quella di dedicarsi ad altre procedure selettive a cui si è rinunciato per aver riposto affidamento nella possibilità di aggiudicazione).

In ogni caso, l'incertezza intorno all'esito della gara, nell'eventualità in cui la p.a. avesse agito correttamente, qualificherebbe la pretesa risarcitoria come perdita di *chance*, nella misura in cui non è dato sapere quale sarebbe stato il risultato conclusivo di un'attività puramente discrezionale.

Il tasso di discrezionalità, peraltro, potrà essere tenuto in considerazione in vista della quantificazione del ristoro. Infatti se è certo che il soggetto escluso avrebbe dovuto essere il contraente dell'Amministrazione, questi avrà accesso alla tutela in forma specifica consistente nell'aggiudicazione del contratto, come prescritto dall'art. 124 c.p.a., e non vi sarà alcun interesse a pretendere il risarcimento (per equivalente) del danno da perdita di *chance* dell'aggiudicazione.

Certo è che, in termini di prova del pregiudizio subito, nelle controversie risarcitorie in parola – come del resto in ciascuna delle azioni previste dal codice del processo amministrativo –, si deve tenere conto dell'asimmetria che contraddistingue il rapporto tra p.a. e privato.

Il c.p.a. non ha trascurato questo dato e ha previsto, all'art. 64 rubricato "Disponibilità, onere e valutazione della prova", che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni» (co. 1); specificando significativamente, al co. 3, che «il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione».

L'intenzione è chiaramente quella di riequilibrare le posizioni delle parti e consentire al giudice di intervenire officiosamente per disporre l'assunzione dei mezzi di prova inaccessibili al privato e indispensabili ai fini della decisione<sup>201</sup>.

Tale intervento officioso del giudice, basato sulla valutazione della disponibilità di informazioni e documenti utili<sup>202</sup>, potrebbe mostrarsi assai utile in un giudizio di

<sup>201</sup> V. J. POLINARI, *La fase istruttoria e i mezzi di prova*, in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANO, *Il Processo amministrativo*, Torino, 2014, 283 ss., secondo cui, dalle norme del c.p.a. in materia istruttoria, si ricava la vigenza del principio dispositivo, con il correttivo del principio acquisitivo (più incisivamente F. CARINGELLA e M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, Roma, 2016, 453, scrivono che il processo amministrativo è retto dal «principio dispositivo con metodo acquisitivo»), purché il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, si muova pur sempre nel solco tracciato dalle parti con l'allegazione dei fatti e delle istanze istruttorie; così anche E. CASETTA e F. FRACCHIA, *Giustizia amministrativa*, II ed., Milano, 2018, 203 e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016, spec. 265, i quali tutti aderiscono all'autorevole opinione di F. BENVENUTI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Milano, 1953, che appunto riservava alle parti la sola allegazione dei fatti rilevanti, ma non escludeva che il giudice potesse disporre discrezionalmente l'assunzione dei mezzi di prova anche d'ufficio, prescindendo dalle istanze di parte, esaltando al massimo il suo ruolo di «signore della prova», come scriveva M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 5/1967, 9 ss.; v. altresì R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Milano, 2013.

<sup>202</sup> La «disponibilità» di cui all'art. 64 c.p.a. non è altro che il classico temperamento della regola probatoria consistente nella «vicinanza alla prova»: così osserva F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2017, 911 ss., il quale

risarcimento del danno da perdita di *chance*, in cui la natura vincolata o più o meno discrezionale dell'attività amministrativa può essere pienamente dimostrata solo grazie ad un contegno collaborativo della p.a., unica parte in grado di consentire, tramite le informazioni in suo possesso, lo svolgimento di un verosimile giudizio prognostico sull'esito probabile della gara<sup>203</sup>.

Non abbiamo finora accennato ad un profilo di un certo interesse, la cui analisi ci consente di trarre alcune minime conclusioni sulla risarcibilità della perdita di *chance* da lesione dell'interesse legittimo.

Ammettere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, sul presupposto che ciò sia possibile a fronte della irresolubile incertezza su quale sarebbe stato il contenuto del provvedimento (di aggiudicazione, se pensiamo alla classica fattispecie da perdita di *chance* nei contratti pubblici) se l'amministrazione non fosse incorsa in una violazione di legge, significa consentire al giudice di compiere una valutazione prognostica e sostituirsi, così, all'amministrazione nello svolgimento di un'attività parzialmente o totalmente discrezionale<sup>204</sup>.

ridimensiona la predicata «specialità» del processo amministrativo, osservando che siffatti temperamenti non sono affatto estranei al processo civile; peraltro, anche nel processo amministrativo, ove la parte sia perfettamente in grado di supportare e provare le proprie allegazioni, opera a pieno titolo l'art. 2697 c.c. Si deve ammettere, però, insieme a P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.* 1/2016, 85 ss., spec. 130 ss., che una certa "specialità" sia innegabile: il giudice amministrativo non occupa una posizione davvero neutra ed imparziale nell'opera di accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, dovendo, da un lato, soddisfare l'esigenza di tutela della posizione soggettiva lesa, e dall'altro, quelle di accertamento della legalità dell'azione amministrativa e di protezione dell'interesse pubblico generale. L'Autrice ci fa altresì notare che il concetto di disponibilità o vicinanza della prova per il privato è destinato a mutare in un sistema che cerca di avviarsi verso la digitalizzazione e in cui, dunque, l'accesso telematico potrebbe rendere sempre più facile la reperibilità di informazioni e documenti in possesso della p.a. (cfr. 111 ss.).

<sup>203</sup> Concordiamo, pertanto, con F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 926-927, il quale osserva che, anche nelle controversie risarcitorie – nelle quali si presuppone una sostanziale pariteticità tra i contendenti – può accadere che il ricorrente non sia in possesso degli elementi atti a provare il pregiudizio subito.

<sup>204</sup> Così F.G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 307 ss., il quale esclude categoricamente che il giudice amministrativo (salva l'ipotesi eccezionale di giurisdizione di merito) possa ripercorrere ipoteticamente le scelte che l'amministrazione avrebbe potuto fare nell'ambito della propria discrezionalità (in senso analogo anche L. DI GIOVANNI, *Brevi riflessioni*, cit., 781). «Nessun giudice può, in altri termini (allo stato della legislazione positiva), raggiungere alcuna prognosi oggettivamente affidabile sulla fondatezza della domanda presentata dal privato all'amministrazione, tranne nel caso, assolutamente marginale, di attività totalmente vincolata». L'A. trova conferma alla propria posizione nel testo dell'art. 31 co. 3 c.p.a., secondo cui 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 debbono essere compiuti dall'amministrazione». Non è d'accordo F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., 15, spec. nota 32, secondo cui, così ragionando, si trasferiscono al giudizio di responsabilità i limiti che sono propri esclusivamente del giudizio di legittimità. Ne dobbiamo dedurre che, secondo CoCA, la *chance* perduta non può fondare un diritto al risarcimento del danno. L'A. – in nota n. 91 di p. 307 – riporta la proposta (alternativa rispetto alla ricostruzione di Cass. n. 500/99 fondata sul giudizio prognostico sull'esito dell'azione amministrativa) di F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e Resp.*, 1997, 269 ss., il quale riesce ad aggirare l'ostacolo del giudizio prognostico, individuando nella lesione dell'affidamento la soglia dell'ingiustizia del danno e ritenendo, dunque, risarcibile solo la situazione di affidamento oggettivamente apprezzabile che l'amministrazione

Un tale giudizio è accettabile, secondo noi, in quanto si tratta di una “sostituzione” finalizzata alla verifica della sussistenza della responsabilità civile della p.a., verifica che non consegue automaticamente alla valutazione relativa alla illegittimità del provvedimento amministrativo. In altre parole si tratta di un giudizio volto a stabilire se i motivi di illegittimità del provvedimento amministrativo sono contestualmente definibili come la causa di un danno ingiusto, tale da giustificare il risarcimento del danno<sup>205</sup>.

La prognosi demandata al giudice della domanda risarcitoria riguarda proprio il nesso di causalità ipotetico tra l'assenza del vizio del provvedimento e l'esito che ne sarebbe derivato.

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

Fuori dai confini italiani, gli Autori di *common law* si sono occupati della *loss of chance* specialmente in ambito di responsabilità sanitaria, sostenendo i pregi dell'impostazione che, valorizzando la *chance*, attua una riduzione del risarcimento proporzionalmente alla percentuale di mancata prova della causazione del danno finale a partire dalla condotta imputabile al presunto danneggiante.

Abbiamo accennato al dibattito, sviluppatosi pure in Italia, sulle difficoltà operative derivanti dall'applicazione della formula “*all or nothing*”, che non sempre è in grado di risolvere quelle vicende contraddistinte da una incertezza causale<sup>206</sup>, per cui l'impossibilità di accertare la ricorrenza del rapporto causa-effetto rischia di determinare una sostanziale

era vincolata a far conseguire al privato. La mera *chance*, in quanto non corrispondente ad un siffatto affidamento, non sarebbe invece risarcibile (come, del resto, Busnelli aveva già concluso nel suo *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, cit., qualificando la *chance* come un interesse di mero fatto). La sussistenza di un affidamento oggettivamente valutabile deve essere interpretata, secondo Scoca, non in base al comportamento dell'amministrazione, ma a partire dalla concreta disciplina che l'amministrazione deve attuare nel caso di specie. In altre parole, non c'è bisogno di compiere alcun giudizio prognostico, ma si tratta di valutare il «grado di spettanza» del bene richiesto «che può desumersi, in negativo (ma con buona approssimazione), dalla misura della discrezionalità attribuita all'amministrazione [...], tenendo conto sia della sussistenza dei necessari presupposti di fatto (che può essere dimostrata dall'interessato), sia delle valutazioni e delle scelte eventualmente già compiute dall'amministrazione» (315). Ci sembra di poter interpretare il pensiero dell'Autore, nel senso che non vi sia spazio per la tutela della *chance*: se il giudice riesce a convincersi della spettanza più che probabile – usando le categorie civilistiche – del bene della vita, il privato vedrà riconoscersi il diritto al risarcimento del danno per la perdita del risultato vantaggioso derivante dal provvedimento favorevole che la p.a. avrebbe dovuto adottare. La lacuna di tutela, nella ricostruzione qui discussa, si rinviene, a nostro avviso, proprio con riferimento a quei casi in cui – come nelle controversie civili per il nesso di causalità – è assolutamente incerto e imprevedibile quale sarebbe stato il responso definitivo della p.a. È in queste nicchie di irrisolvibile indeterminatezza che la *chance* interviene a garantire una più completa tutela del bene della vita sotteso all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa.

<sup>205</sup> V. sul punto F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., 66.

<sup>206</sup> H. REECE, *Losses of Chance in the Law*, in *The Modern Law Rev.*, Vol. 59, No. 2, 1996, 188-206, sottolinea come le regole che presiedono lo *standard of proof* sono state concepite per la dimensione dei *deterministic cases*, tra i quali non possono essere annoverate le fattispecie di *loss of chances*. Emblematiche sono le ipotesi di *misrepresentation*, generalmente non associate alle riflessioni sulla perdita di *chance*, ma che, secondo l'A., invece, sono molto calzanti. (199)



rinuncia alla funzione compensativa della responsabilità civile<sup>207</sup> e di impedire, di fatto, la dovuta considerazione di tutti i fattori che concorrono a cagionare il danno.

Il celebre caso deciso dalla *House of Lords* nel 1987 *Hotson v. East Berkshire Health Authority*<sup>208</sup> ha aperto nuove frontiere di analisi sul risarcimento del danno da perdita di *chance* (nella specie nascente da un *tort* di *medical malpractice*), stimolando la successiva giurisprudenza inglese ad abbracciare soluzioni meno tradizionali.

In quella occasione, già i giudici di prime cure avevano tentato un mutamento di rotta rispetto all'applicazione del tradizionale principio “*all or nothing*”, ma erano stati prontamente smentiti dal giudice supremo. La vicenda traeva origine da una frattura del femore conseguente alla caduta da un albero; nella prospettiva 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.

Ebbene la *House of Lords* ha riformato le sentenze rese nei precedenti gradi di giudizio, all'esito dei quali era stato accertato che, se pure l'intervento medico fosse stato tempestivo, vi sarebbe stato, in ogni caso, il 75% di probabilità che il paziente incorresse in una disabilità permanente.

Ciò nondimeno, residuando il 25% di probabilità che il danno fosse stato cagionato dalla condotta del medico, il giudice di prima istanza – e, in conferma, pure la *Court of Appeal* – aveva condannato il *defendant* al risarcimento del *quantum* corrispondente.

In particolare, il giudice aveva argomentato la propria decisione, ricordando che tale “*proportionate approach*” era utilizzato nelle *actions in contract*<sup>209</sup> – a partire dalla risalente

<sup>207</sup> V. M. STAUCH, *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Malpractice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 17, No. 2, 1997, 205 ss, spec. 222-223, il quale evidenzia come l'impiego della “*all or nothing formula*” «distorts the deterrence objective of tort. The defendant's conduct C, may create a risk of E as high as 50% without attracting any liability, but once it reaches 51% he is liable every time E occurs, even though much of the time C will not have been the cause. By contrast, allowing claims for 'loss of chance', based upon empirically derived statistics, would accord very well with the latter objective: as has been noted, such statistics tell us accurately, over range, how often C is, and how often it is not, the cause of E». Nello stesso senso, v. pure W. SCOTT, *Causation in Medico-legal Practice: a Doctor's Approach to the «Lost Opportunities» Cases*, in *The Modern Law Rev.*, Vol. 55, No. 4, 1992, 521 ss., spec. 523, di cui si segnala l'efficace report delle sentenze che hanno tracciato la evoluzione delle corti inglesi nell'uso della *loss of chance doctrine*.

<sup>208</sup> 1987, 2 *All ER* 908; su cui v., per tutti, J. STAPLETON, *The gist of negligence*, in *Law Quarterly Rev.*, 1988, parte I, 212 ss. e parte II, 389 ss., la quale sottolinea che la novità del caso *Hotson* è consistita proprio nella formulazione della domanda risarcitoria da parte dell'attore con riferimento alla “*lost chance of recovery*” invece che alla “*necrosis outcome*”, consapevole che – seguendo l'impostazione ortodossa – non sarebbe riuscito a fornire la prova della relazione causale tra evento e condotta del medico. Così facendo, il danneggiato ha spinto i giudici ad interrogarsi sulla individuazione del «*minimum actionable damage in negligence claims*».

<sup>209</sup> Si segnala che recentemente la *UK Supreme Court* (che dal 1° ottobre 2009, in seguito all'approvazione del *Constitutional Reform Act* del 2005, ha sostituito la *House of Lords* nelle funzioni di giudice di ultima istanza nel Regno Unito) con sentenza del 13 febbraio 2019, resa nel caso *Perry (defendant) v. Raleys Solicitors (appellant)* ([2019] UKSC 5) si è pronunciata riguardo una fattispecie di *lost chance* subita dal cliente a causa della negligenza dell'avvocato, accogliendo l'appello e confermando così la statuizione del *trial judge*. Nella specie, il sig. Perry era un minatore in pensione che, al pari di molti suoi colleghi, aveva iniziato a soffrire della sindrome di c.d. “*Vibration White Finger*”, cagionata dall'utilizzo ripetuto di strumenti vibranti. Verificatasi l'insorgenza di circa 25.000 casi analoghi, il *Department for Trade and Industry*, in virtù delle responsabilità del *British Coal Board*, aveva messo a punto nel 1999 una Tabella

decisione resa nel 1911, nel caso *Chaplin v. Hicks*<sup>210</sup>, riguardante la perdita di *chance* di partecipare ad un concorso di bellezza – specialmente per il ristoro dei danni permanenti-futuri.

La *House of Lords*, ha infine fatto proprie le perplessità di Lord Ackner, il quale temeva che la disapplicazione della regola probatoria “*all or nothing*” avrebbe ingenerato «*many complications in the search for mathematical or statistical exactitude*» e ha così conservato, per le *actions in tort*, la impostazione tradizionale<sup>211</sup>.

Nel rigettare la pretesa attorea, il giudice di ultima istanza del caso *Hotson* ha affrontato il tema della perdita di *chance* dal punto di vista della ricostruzione del nesso causale,

(diremmo noi) che prevedeva due principali modi di compensare il danno, corrispondenti in linea di massima al riscontro di “*general*” and “*special*” *damages*. Per ottenere il ristoro di questi ultimi *special damages*, la parte doveva dimostrare di non essere in grado di svolgere autonomamente una serie di attività (*gardening, car washing, window cleaning etc.*). Anni dopo, precisamente nel 2009, il sig. *Perry* agiva in giudizio contro *Raleys* per “*professional negligence*”, lamentando di non essere stato adeguatamente assistito nella proposizione della domanda risarcitoria e avendo così perso l’opportunità di ottenere una maggiore compensazione. A partire dal par. 15, la corte suprema si confronta con le insidie che caratterizzano lo svolgimento dell’attività di valutazione del nesso causale nelle fattispecie di responsabilità professionale (anche medica: il riferimento immediato è a *Gregg. V. Scott*, su cui v. *infra*). Ma nessuno di questi ostacoli può indurre a pensare che «*the common law has simply abandoned the basic requirement that a claim in negligence requires proof that loss has been caused by the breach of duty*» (par. 19). Come in un caso di perdita di *chance* di ottenere un risultato più favorevole all’esito di una trattativa commerciale a causa della mancata o incompleta assistenza dell’avvocato (la *UK Supreme Court* cita la vicenda *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons (a firm)* [1995] 1 WLR 1602), anche nel caso *Perry v. Raleys*, il quesito che il giudice deve porsi è il seguente: come avrebbe agito il cliente ove correttamente consigliato e assistito dal proprio avvocato? Al par. 23 leggiamo che «*if he proves upon the narrowest balance that he would have brought the relevant claim within time, the client suffers no discount in the value of the claim by reason of the substantial possibility that he might not have done so [...] By the same token, if he fails, however narrowly, to prove that he would have taken the requisite initiating action, the client gets nothing on account of the less than 50% chance that he might have done so*». Non pare che vi sia spazio per la perdita di *chance*, se non come criterio probabilistico del giudizio causale (abbiamo raggiunto la stessa conclusione quando abbiamo parlato di danno da perdita di *chance* per responsabilità del professionista nell’ordinamento italiano). È molto efficace il seguente passaggio: «*the client must prove on the balance of probabilities that he would have taken any necessary steps required of him to convert the receipt of competent advice into some financial (or financially measurable) advantage to him*»; e per provare che l’assistenza legale si sarebbe tradotta in un vantaggio economico, la parte deve dimostrare che vi erano i presupposti per proporre un “*honest claim*” che non è tendenzialmente sinonimo di “*successful claim*”. Non si può imporre all’attore l’onere di provare addirittura la fondatezza della propria pretesa: la vittoria di una causa dipende da una miriade di fattori, attinenti all’apprezzamento in giudizio dello svolgimento dei fatti e alle norme di diritto applicabili e, specialmente, a come il fatto e il diritto vengano interpretati alla luce dell’*adversarial examination at a trial* e della *discovery* dei documenti. Ma nel caso di specie, tale margine di incertezza (normalmente sussistente in ogni causa) non poteva dirsi sussistente, poiché il modello di *claim* proposto dai minatori si basava su un referto medico attestante sintomi ben precisi, e l’esito era dunque quasi scontato. Aveva dunque ragionato correttamente il *judge trial* nel richiedere al sig. *Perry* la prova della circostanza che, correttamente assistito, avrebbe ottenuto l’accoglimento della domanda per *special damages*.

<sup>210</sup> 1911, 2 KB 786. Il caso *Chaplin v. Hicks* è quello 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. Celebre è pure il caso australiano *Howe v. Teefy* (1927, 27 SR, NSW, 301) del cavallo da corsa sottratto alla parte che intendeva farlo gareggiare per trarne profitto. In generale, sul ruolo della probabilità e del concetto di *chance* nella *contract law*, v. M.A. EISENBERG, *Probability and Chance in Contract Law*, in *UCLA L. Rev.*, 1998, 1005 ss.

<sup>211</sup> Come riporta W. SCOTT, *Causation in Medico-legal Practice*, cit., 522.

sostenendo che – poiché già prima della negligenza del medico, la *chance* di evitare la fatale necrosi vascolare si assestava sulla soglia del 25% – il danno poteva dirsi cagionato dalla caduta e non dalla condotta del medico.

12.1. I giudici inglesi trattano la perdita di *chance* come un problema di causalità (anche talvolta nell'intento di dare spazio a forme di risarcimento proporzionale del danno) e non sembrano porsi la questione della *chance* come situazione giuridica.

Servendosi dell'argomento dell'insufficiente relazione causale, la corte non si è concentrata sul cuore pulsante della questione posta dalla domanda così formulata e, cioè, se la perdita di *chance* potesse costituire l'oggetto di una pretesa distinta e autonoma. Parrebbe di poter sostenere che la *House of Lords* (non diversamente da quanto accaduto nel nostro ordinamento) abbia sovrapposto il piano del bene giuridico tutelato con quello della causalità, intendendo la domanda così formulata come un tentativo di scavalcare lo scoglio probatorio del nesso eziologico<sup>212</sup>.

Nonostante nel caso *Hotson* i giudici abbiano dato prova di un certo spirito conservatore, nel manifestare una certa sensibilità verso talune peculiari fattispecie di danno (come quella da esposizione alla polvere di amianto), le corti inglesi non hanno rinunciato all'idea 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 talune fattispecie 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<sup>213</sup>, attuando una forma di redistribuzione non sovra-compensativa o punitiva (o, comunque, in minima parte).

Preme evidenziare come lo “scivolamento” della responsabilità verso forme di ristoro proporzionale è stato qui ammesso mediante il riferimento al concetto di “aumento del rischio” di causazione del danno, piuttosto che tramite la valutazione del sacrificio delle occasioni di guadagno (in senso patrimoniale e non) del soggetto leso<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> Di questo avviso, J. STAPLETON, *op. ult. cit.*, 396-397, secondo cui gli argomenti ostativi all'accoglimento della pretesa di risarcimento del danno da perdita di *chance* erano fallaci e basati sul fraintendimento che il ristoro della perdita *chance of recovery* corrispondesse ad una porzione del risarcimento del danno interamente inteso.

<sup>213</sup> Sulle tecniche di *apportionment under negligence or strict liability* v. L.A. KORNHAUSER e R.L. REVESZ, *Sharing damages among multiple tortfeasors*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 98, No. 5, 1989, 831 ss.

<sup>214</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, No. 2, 1999, 271 ss., spec. 277, in critica al principio del “*all or nothing*”. Per quanto possa sembrare che tra le due figure non sussista alcuna divergenza, invero, è corretto osservare che solo una situazione di abbattimento definitivo di ogni residuo di *chance* di ottenere un profitto o di evitare una conseguenza sfavorevole può essere ascritta nella categoria “perdita di *chance*”. Così, riproponendo lo stesso esempio addotto da Jansen, il medico che ha colpevolmente tardato nell'intervenire sul paziente giunto in ospedale con l'autoambulanza a causa di un infarto (se non ha cagionato la morte) ha ridotto le sue *chances* di sopravvivenza del 40% e deve essere condannato al risarcimento del danno. Il pedone che, attraversando distrattamente la strada, ha causato un lieve incidente che ha interrotto per qualche minuto la corsa dell'ambulanza, ha, con la propria condotta, aumentato il rischio di danno (un rischio già sussistente a causa della patologia), ma non può rispondere

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* – in cui si trattava appunto del danno da esposizione all'amianto – i giudici hanno optato per un risarcimento proporzionalmente ripartito tra più soggetti danneggiati (“*apportionment of liability*”).

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<sup>215</sup>.

per danno da perdita di *chance*, dato che non ha distrutto ogni possibilità che il paziente aveva di sopravvivere «*since there was a substantial chance left*» (295). Ne ricaviamo che – mentre la concezione della *chance* quale «*harm giving rise to a tort law claim*» non legittima il risarcimento di qualunque perdita dell'occasione di un risultato utile, bensì solo di quelle definitive – la valorizzazione della perdita di *chance* come tecnica di graduazione del nesso causale dovrebbe consentire anche il ristoro della perdita di *chance* intermedia, venendo a coincidere sostanzialmente con l'aumento del rischio di danno finale e perdendo ogni autonomo valore.

<sup>215</sup> Per una completa e interessante riflessione sulla diversificazione degli approcci risarcitori da parte delle corti inglesi, a partire dal principio fondamentale del “*all or nothing*”, si veda quanto riportato da 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, No. 4, 2003, 667 ss., i quali evidenziano il cambio di rotta della giurisprudenza inglese rispetto all'approdo conservatore del caso *Hotson*, segnato dalle «*revolutionary decisions*» rese nei casi *Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd*<sup>5</sup>, *Allen v. British Rail Engineering Ltd* (su cui v. i riferimenti in note nn. 1 e 6 del contributo di Porat e Stein) e *Fairchild et al. v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* (nota n. 3). Prima di allora (siamo all'inizio degli anni 2000) i giudici reputavano il danno «*as causally indivisible*» e decidevano, dunque, «*under the traditional binary principle “the winner takes all”*». Gli A. ci riferiscono che in *Holtby* e *Allen*, la Corte d'appello ha deciso di non applicare un altro principio, pur utilizzato in altri casi (ad esempio in *McGhee v. National Goal Bd* e *Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw*: cfr. nota n. 9 dello scritto), di compensazione integrale sulla base della “*material contribution*” alla causazione del danno, pur quando il singolo soggetto avrebbe sì concorso alla verifica, ma non l'abbia determinata in via esclusiva. Secondo gli A. il modello dell'appropriamento sarebbe generalmente preferibile con riferimento ad ogni fattispecie; eppure ammettono che, in casi come quello della sentenza *Hotson*, il paziente che si affida alle cure mediche perché già afflitto da una patologia potrebbe alternativamente subire la perdita a causa dell'illecito o non subirla affatto. Infatti «*to say that the victim suffered a wrongful loss that amounts to 25 per cent of his or her entire injury would be artificial at best*», con ciò intendendo, dunque, che neppure l'appello alla perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza può giustificare una graduazione del nesso causale e del risarcimento conseguente. La soluzione di equilibrio, allora, è quella che affianca al tradizionale principio del “più probabile che no”, il più flessibile criterio del risarcimento proporzionale, la cui applicazione si addice a vicende analoghe ai casi *Holtby* e *Allen*, in cui si registra «*a recurrent wrong that systematically damages victims. From the perspective of corrective justice, this factor makes those cases suitable for proportionate liability. In Hotson, this factor was not present: the doctor responsible for the malpractice was not a repeat transgressor. The type of wrongdoing perpetrated by the doctor was a single, rather than systematic, event. In such cases, a long-term adjustment of compensatory payments is an impossible scenario*» (681-682).

Dalla lettura di J. MORGAN, *Lost Causes in the House of Lords: Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, in *The Modern Law Review*, Vol. 66, No. 2, 2003, 277 ss., emerge un altro dato significativo. A differenza dei casi *Holtby* e *Allen*, in cui i diversi datori di lavoro hanno certamente contribuito ad incrementare il rischio di insorgenza della malattia, nella vicenda di *Fairchild* – in cui le risultanze tecniche avevano mostrato che il mesotelioma si era formato all'improvviso e non era, dunque, il risultato di uno sviluppo graduale –

Va comunque sottolineato che, pure all'esito di tale novità nell'approccio al risarcimento del danno, i giudici d'oltremarina non si sono spinti fino al punto di intaccare il consolidato sistema di onere della prova basato sul *balance of probabilities*, allo scopo di ammettere un risarcimento proporzionale del danno finale tramite il riconoscimento del danno intermedio da perdita di *chance* (soluzione pur avallata da diversi Autori: Scott e Stauch).

Nel successivo caso *Gregg v. Scott*<sup>216</sup>, i giudici inglesi hanno avuto l'occasione di ridiscutere la *loss of chance doctrine* (dopo la vicenda *Hotson*), ma hanno infine rifiutato l'idea di riconoscere l'argomento della *loss of chance*.

In quella vicenda, relativa al colpevole ritardo nella diagnosi di un cancro, il *petitum* del paziente danneggiato si sostanziava in due pretese azionate contestualmente: 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 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>217</sup>.

La *Court of Appeal* nel 2002<sup>218</sup> ha rigettato entrambe le prospettazioni (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).

La *House of Lords* ha infine confermato il rigetto della pretesa attorea con decisione del 2005<sup>219</sup>, ragionando ancora una volta in termini di causalità: per citare le parole di Lord Hoffman, si trattava di capire non tanto se il paziente sarebbe sopravvissuto per altri dieci anni «*but whether his likely premature death would be attributable to the wrongful act of the defendant*»<sup>220</sup>

L'accoglimento della pretesa risarcitoria è stato persino più eccezionale, in ragione del fatto che «*any one defendant may not have been a cause of the injury at all*» (282). In altre parole, la *House of Lords* ha ribaltato la sentenza d'appello, pur non avendo alcuna certezza in punto di nesso causale (e, anzi, non potendo affatto escludere che la patologia derivasse da cause diverse dalla esposizione all'amianto) e sulle sole basi di un «*increased risk of the disease consequent upon the defendant's negligence*» e, cioè, di una responsabilità fondata esclusivamente sulla colpa del presunto danneggiante.

<sup>216</sup> La cui 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, n. 6, 2005, 996 ss.

<sup>217</sup> Come osservato da C. MILLER, *Gregg v. Scott: loss of chance revisited*, in *Law, Probability and Risk*, 4/2005, 227 ss., spec. 230. Più precisamente, «*first, he claimed that the negligent delay in diagnosis allowed the lymphoma to spread to his chest; the extra pain and suffering from this secondary tumour demanded compensation as did the resulting reduction in life expectancy. Secondly, the court was invited to reconsider loss of chance of a more favourable outcome as a form of compensable damages in itself*» (228).

<sup>218</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, n. 4, 2003, 623 ss.

<sup>219</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, n. 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>220</sup> Par. 68 della sentenza.

e, in sostanza, il sig. Gregg non era riuscito a provare «*on the balance of probabilities*» di possedere una *chance* di guarigione nella fase precedente all'errore medico.

Invero gli argomenti adoperati a sostegno dell'impossibilità di risarcire la *lost chance of avoiding the physical injury* sono stati vari (e non coincidenti con quelli della sentenza *Hotson*): 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 terapia era ancora in corso e gli effetti, da valutarsi nel lungo periodo, non erano definibili con certezza al momento del giudizio<sup>221</sup>.

Il caso si prestava ad una riconsiderazione della *loss of chance* alla stregua di «*actionable damages*», al di là delle più tradizionali *actions in tort*, in cui all'illecito si attribuisce il ruolo di causa materiale di un *physical damage*: si pensi alla somministrazione di una dose letale di raggi X o alla manifestazione di placche pleuriche, che sono l'effetto di una 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<sup>222</sup>.

Eppure, come suggerito da un Autore<sup>223</sup>, vi era una strategia che il difensore del sig. Gregg avrebbe potuto utilmente adottare per ottenere l'accoglimento della domanda, facendo leva sulla categoria dei «*future harms*». Infatti, a norma della *Section 32A* del *Supreme Court Act* del 1981, è prevista la possibilità di una condanna per «*provisional damage*» a fronte del caso in cui «*an action for damages for personal injuries in which there is proved or admitted to be a chance that at some definite or indefinite time in the future the injured person will, as a result of the act or omission which gave rise to the cause of action, develop some serious disease or suffer some serious deterioration in his physical or mental conditions*».

In sostanza la *chance* – intesa qui in senso negativo, come possibilità di incorrere nella verifica di una ulteriore conseguenza negativa dell'illecito e, specularmente, come negazione della possibilità di *non* dover subire tale effetto – potrebbe essere inclusa nella liquidazione del *quantum*, come voce di anticipazione del danno futuro ed eventuale, da tenere distinto rispetto al problema della incertezza causale circa la riconducibilità dell'evento di danno (attuale) al *breach of duty* del medico.

Ricapitolando, l'applicazione della *loss of chance doctrine* da parte delle corti inglesi – con precipuo riferimento alle controversie relative alla responsabilità medica – si fonda sul

<sup>221</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, ci fa notare che la differenza fondamentale con la vicenda *Hotson* 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>222</sup> Condividiamo l'interrogativo di J. STAPLETON, *op. ult. cit.*, 1003 e poi 1005-1006, spec. punto n. 5, ove si chiede letteralmente se la comparsa di placche pleuriche possa soddisfare i requisiti del «*physical damage*» «*such that a person with them, albeit currently symptom free, can sue for the consequential fear or phobia of contracting a future asbestos disease? What about the costs of medical monitoring?*»; e aggiunge che «*claims by these so-called "worried well" are booming in the United States where there is a concern that they will denude the dwindling pool of available compensation funds at the expense of those who eventually contract a highly debilitating asbestos disease*».

<sup>223</sup> C. MILLER, *op. ult. cit.*, 232-233, di cui è utile riportare le parole esatte: «*if there is a "completed tort", then the chance of further injury occurring in the future can be included in the assesment of quantum along with any other head of damages*»

presupposto, ben enucleato già nel caso *Hotsom*<sup>224</sup>, della dimostrazione che la *chance* di sopravvivere sia consistente (ove per consistente, s'intende pari o superiore al 50%) già prima dell'intervento medico negligente, al fine di poter escludere che la patologia del paziente abbia avuto un'incidenza causale "assorbente" rispetto a quella della condotta del professionista<sup>225</sup>.

I dubbi relativi al riconoscimento della *chance* come situazione giuridica soggettiva suscettibile di autonoma tutela – centrali nel dibattito italiano – non sembrano intaccare l'essenza dell'impostazione giudiziale sulla *lost chance*, in ultima analisi volta a riconoscere le sfumature del problema causale, che – a fronte delle incertezze che si palesano nella maggior parte dei casi – si sostanzia nel quesito relativo al "grado" di imputabilità causale del danno alla condotta (da cui, per alcune fattispecie, la soluzione, condivisa da qualche studioso, del risarcimento proporzionale).

La riconduzione della *chance* alla dimensione della causalità rende superfluo interrogarsi sulla opportunità che essa venga riconosciuta come unità minima azionabile in giudizio e quindi come autonomo oggetto di tutela.

Si è visto come i giudici abbiano mostrato una certa apertura verso l'approccio "proporzionale", che tenga conto delle cause preesistenti e parametri il risarcimento dovuto dal responsabile alla sua effettiva contribuzione alla causazione dell'evento di danno. Invero, come già accennato, le corti inglesi hanno mantenuto intatta l'applicazione del principio "*all or nothing*", discostandosene nella prassi solo in due categorie di fattispecie risarcitorie: l'un caso è quello in cui il danno sia materialmente divisibile (es.: un pedone viene investito da un primo automobilista e riporta una frattura alla gamba destra, per poi essere nuovamente colpito da un'altra automobile in corsa e ferirsi anche alla gamba sinistra); l'altro è proprio quello della perdita di *chance*, ossia quando si tratta di decidere riguardo la probabilità di realizzazione di un «*future hypothetical events*».

Qui la *chance* perduta è una delle voci di danno risarcibile, da liquidare in base alle probabilità di verificazione di un danno ulteriore che in futuro potrebbe presentarsi in conseguenza di quella condotta pregiudizievole. Il ragionamento è inverso rispetto a quello

<sup>224</sup> E, in particolare, dalla riflessione di Lord Mackay (come riporta C. MILLER, *Loss of chance in personal injury: a review of recent developments*, in *Law, Probability and Risk* 5/2006, 63 ss.), il quale osservava che l'invalidità permanente conseguita alla necrosi vascolare poteva essere stata alternativamente cagionata dalla negligenza medica o dalla caduta dall'albero (per cui anche una diagnosi tempestiva non avrebbe modificato il decorso causale). In pratica la prova del nesso causale era tutta incentrata sull'obiettivo di dimostrare (ovviamente possibile solo tramite accertamento di un consulente tecnico) se dopo la caduta vi fossero ancora vasi sanguigni rimasti intatti. Solo in tal caso, si poteva dedurre che il corretto intervento medico in occasione del primo ricovero avrebbe più probabilmente che no evitato il pregiudizio. Il punto è che, al momento del giudizio, tale circostanza era insondabile ed è per questo che l'inesistenza di mezzi atti a reperire informazioni certe e affidabili porta in campo il linguaggio della *chance* e della probabilità: è l'opinione di S. PERRY, *Risk, harm and responsibility*, in D.G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995, 334 ss. Il problema essenziale della perdita di *chance* nei casi di responsabilità medica risiede proprio nel fatto che il pregiudizio è doppio (*rectius*: ha potenzialmente una doppia scaturigine): da un lato la perdita di *chance* dovuta alla malattia, dall'altro la perdita di *chance* di giovare degli effetti di una cura tempestiva: così rileva T.S. AAGAARD, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, in *Michigan Law Rev.*, vol. 96, n. 5, 1998, 1335 ss.

<sup>225</sup> Lo ricordano recentemente W. MIAO e J.L. GASTWIRTH, *Case comment: estimating the economic value of the loss of a chance: a re-examination of Chaplin v. Hicks*, in *Law, Probability and Risk* 17/2018, 279 ss.

a cui l'interprete italiano è avvezzo, perché posto in termini negativi e riferito cioè alla perdita della *chance* di non contrarre una patologia in futuro (il che è sensato nei casi di responsabilità sanitaria, in cui il paziente che si affida alle cure versa già in una condizione patologica di partenza, che dovrebbe far desistere dall'idea di attribuirgli una *chance* positiva); proprio al contrario, siamo soliti riferirci alla probabilità di realizzazione della *chance* positiva che si assume perduta e non alla perdita della *chance* di non subire un danno in futuro<sup>226</sup>.

12.2. *Le riflessioni sulla perdita di chance negli Stati Uniti, tra le decisioni delle Corti e le proposte legislative emerse in alcuni Stati.*

Al sintetico report sulla considerazione della perdita di *chance at English common law*, dobbiamo aggiungere un breve cenno 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*, la cui piena funzionalità è inversamente proporzionale all'estensione delle *legal causes of action*<sup>227</sup>.

Per la prima volta, nel 2008, la *Supreme Judicial Court of Massachusetts* nel caso *Matsuyama v. Birnbaum*<sup>228</sup>, 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*».

In un'altra decisione del 2008 la Corte suprema del Kentucky, nel caso *Kemper v. Gordon*<sup>229</sup>, ha, invece, negato la risarcibilità della *chance* perduta, proprio sulla scorta di ragioni di politica

<sup>226</sup> V. l'efficace contributo di S. GREEN, *The risk pricing a pragmatic approach to causation and apportionment of damages*, in *Law, Probability and Risk* 4/2005, 159 ss., che scrive: «*in such situations, a decision is made about the statistical chances of a certain outcome eventuating, and the claimant is awarded damages proportionate to that chance. For example, if the defendant has injured the claimant's leg, the question of whether or not that injury will later cause osteoarthritis to develop is one that will be decided by estimating the likelihood of that outcome occurring*» e aggiunge significativamente che «*the claimant will not have to go so far as to prove that the event will happen on the balance of probabilities*».

<sup>227</sup> Anche negli USA il dibattito sul risarcimento del danno da perdita di *chance* è focalizzato sulle controversie in materia di responsabilità sanitaria. Non è da escludere, tuttavia, che la *loss of chance doctrine* possa essere utilmente impiegata anche in fattispecie diverse, come del resto accade nel nostro ordinamento, ove il danno da perdita di *chance* interessa trasversalmente varie ipotesi, in ambito di responsabilità sia contrattuale che extracontrattuale. K. HUDDLESTON, *Federal Sentencing Error as Loss of Chance*, in *Yale L. 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, tra gli altri, D.A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Rev.*, vol. 36, 2001, 605 ss., il quale si focalizza sul rapporto di protezione esistente tra medico e paziente, il che fa rilevare la *lost chance* in relazione al fallimento del professionista di proteggere il paziente dagli effetti della patologia da cui era affetto. La stessa logica si ritrova nei *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>228</sup> 890 N.E. 2d 819.

<sup>229</sup> 272 S.W.3d 146.



economica, per i costi astronomici che un tale riconoscimento avrebbe comportato, in pregiudizio alla efficienza di gestione del sistema sanitario<sup>230</sup>.

Invero, 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*, ammettendo una responsabilità proporzionale del convenuto, *modus operandi* che si tradurrà più avanti nella cristallizzazione della *loss of chance doctrine*<sup>231</sup>.

<sup>230</sup> Così riporta 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.

<sup>231</sup> Secondo S.R. KOCH, *op. ult. cit.*, 605, le corti americane avevano recepito e condiviso l'insegnamento di 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., ad avviso del quale «*the loss of a chance of achieving a favourable outcome or of avoiding an adverse consequence should be compensable and should be valued appropriately, rather than treated as an all-or-nothing proposition*» (1354). Il Prof. King muove la sua analisi dalle regole che presiedono l'accertamento del nesso causale, tra cui – per quel che interessa ai fini del rilievo della perdita di *chance* – la c.d. “*thin skull rule*”, che impone di tenere in considerazione le condizioni preesistenti alla condotta dannosa che, seppure non idonee ad escludere il collegamento causale tra il pregiudizio e la condotta del danneggiante, possono essere considerate almeno in sede di quantificazione per determinare il valore del bene giuridico leso (1361). Rispetto alla lesione della *chance* l'A. distingue tra “*definitive losses*” «*[that] involve the loss of a chance either of completely avoiding a specific harm or of achieving a fairly definitive favourable result. These types of claims include both materialized losses and anticipated future consequences (including loss of future benefits)*»; e “*partial or less definitive losses*” «*[that] include losses other than the chance of avoiding completely some untoward result or of achieving completely some specific benefit. They include materialized and future partial losses due to aggravation or acceleration of the untoward effects of a preexisting condition, or to acceleration of some adverse preordained result, as well as claims for future consequences that are less than definitive*». Il caso del paziente che può pretendere il risarcimento dell'accelerazione del decorso della malattia (e quindi dell'anticipazione della morte) rientra, secondo la schematizzazione dell'A., tra le perdite di *chances* “parziali”. L'errore iniziale delle corti è consistito nel trattare la perdita di *chance* come un problema causale e così negando ristoro ad ogni soggetto che non riuscisse a dimostrare che «*more likely than not but for the tort some definitive adverse result would have been avoided*». E ancora significativamente: «*the problem, however, is not the standard of proof, but the object to which the standard is applied: the interest for which redress is sought. Viewing the matter as a standard-of-proof issue has prevented analysis of the real problem, the all-or-nothing approach to the loss of a chance*» (1366). Al quesito sull'applicabilità della regola “*all or nothing*” alla perdita di *chance*, l'A. risponde in senso negativo, perché l'effetto sarebbe di distorcere la funzione riallocativa del risarcimento del danno, nonché quello di manipolare le stesse regole causali allo scopo di mitigarle, creando incertezza, ma senza risolvere il problema del ristoro della *chance* perduta. La *chance* di evitare un pregiudizio o di raggiungere un profitto merita tutela quale interesse autonomo, anche qualora si tratti di una c.d. “*better-than-even chance*” (cioè una *chance* anche di gran lunga superiore alla soglia del 50%) la cui lesione, nell'ottica tradizionale delle regole “*more likely than not*” e “*all or nothing*”, giustificherebbe un risarcimento integrale, senza bisogno di ricorrere al ristoro di una porzione di danno finale. Invece «*both types of chance should be valued in a way that reflects their probability of occurrence. Such an approach would also promote a more accurate loss allocation*» (1387) [ci si chiede, insieme a D.A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss Chance*, *cit.*, 618, cosa avrebbe risposto King alla questione se un'autonoma *cause of action for reduction of chance* possa essere instaurata anche a fronte del caso in cui la *chance* sia stata solo ridotta ma non distrutta, tanto che alla fine il danneggiato riesca comunque ad ottenere il risultato anelato o ad evitare il pregiudizio temuto]. Ciò non significa che l'attore possa ritenersi esonerato dalla prova del nesso causale tra la condotta del medico e la perdita di *chance*: premesso che si potrebbe mettere in discussione l'opportunità di continuare a concepire la causalità in termini di “*all or nothing*”, quest'ultimo criterio non deve sicuramente presidiare la dimensione della “*valuation*” e cioè di attribuzione di valore alla *chance*, che deve piuttosto trovare corrispondenza nella percentuale che rappresenta la diminuzione della *chance* all'esito del *tort*, secondo un criterio di “*proportional valuation*” (che a detta di T.A. AAGAARD, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, *cit.*, 1348 ss., è stato il sistema maggiormente utilizzato dalle corti; l'A. individua altresì il “*full damages approach*”, che prevede il

I casi *Hamil v. Baseline*<sup>232</sup> e *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*<sup>233</sup> sono generalmente riportati come le prime decisioni in cui un giudice americano – le *Supreme*

risarcimento del danno a prescindere dalla misurazione della riduzione di probabilità di guarigione e il metodo di “*discretionary valuation*” che affida alla discrezionalità dell’organo giudicante – a partire dalle prove fornite – il compito di quantificare il ristoro e che «*if implemented with carefully worded jury instructions, carries the best chance for accurately valuing the plaintiff’s tort injury*»).

Tornando allo scritto di King, ci interessa infine evidenziare – riallacciandoci alle riflessioni svolte *supra* in tema di “causalità da perdita di *chance*” e in commento a quella sentenza della Cassazione del 2007 che ne avallava l’esistenza – che l’A. individua tre *standards of proof*: accanto alla “*actual certainty formulation*” e alla “*preponderance of the evidence*”, vi sarebbe pure la c.d. “*substantial possibility*” che «*entitles a plaintiff to recover for a loss even when there was proof of only a substantial possibility that the result complained of would have been avoided but for the tortious conduct. Under this standard, not only could plaintiffs recover for the loss of a not-better-than-even chance of some favourable result, but the recovery probably would not be discounted to reflect the magnitude of the chance*» (1368).

<sup>232</sup> 392 A.2d 1280 (Pa. 1978).

<sup>233</sup> 664 P.2d 474 (Wash. 1983), su cui v. il recente contributo di M. WURDEMAN, *Comment: loss-of-chance doctrine in Washington from Herskovits to Mohr and the need for clarification*, in *Wash Law Rev.*, 2014, 603 ss., il quale individua le ragioni della confusione che regna sulla concezione della *chance* nella diversificazione (e nel contestuale utilizzo) degli approcci ricognitivi: «*the “traditional approach” or “all-or-nothing” approach does not recognize the loss of a less-than-even chance at all. The “substantial factor” approach deals with loss of chance as a type of causation. The “proportional approach” classifies the lost chance as the injury itself, and damages are based on the percentage of chance lost*». L’analisi di Wurdeman sulla evoluzione della *lost-chance doctrine* nella giurisprudenza dello stato di Washington è emblematica della riflessione che si è svolta in generale negli USA, ma è altresì utile ad osservare come il tenore degli interrogativi e delle soluzioni ivi sorti non sia affatto distante dal dibattito italiano, che abbiamo tentato di approfondire in queste pagine. L’A. ci segnala che, dopo il riconoscimento avvenuto con la sentenza *Herskovits* (in cui la *chance* di guarire da un tumore ai polmoni era stata colposamente ridotta dal 39% al 25%, e la Corte aveva ritenuto che ciò bastasse a giustificare il risarcimento del danno a prescindere dal fatto che la *chance* di partenza fosse inferiore al 50%: «*no one can say that the chance of prolonging one’s life decreasing suffering is valueless*»), la *loss of chance doctrine* è stata nuovamente applicata in chiave estensiva – ma non risolutiva dei molti interrogativi – nel caso *Mohr v. Grantam* (172 *Wash.* 2d 844, 857, 262 P.3d 490, 496, 2011). Il problema posto dall’applicazione dell’approccio basato sulla *chance* perduta come “*substantial factor*” – che, in pratica, interpretiamo come una regola causale alternativa all’unica ufficiale basata sul principio “*all or nothing*” – è che non guarda alla perdita di *chance* come *injury in itself* (ignorando così il paradigma messo a fuoco nella sentenza *O’Donoghue v. Riggs*); ma, per giungere comunque a riconoscerne la risarcibilità, la corte del caso *Herskovits*, insieme a tante altre nei vari Stati, scardina il sistema di accertamento della causalità, avvalendosi di un approccio che, al caro prezzo dell’incertezza, non paga con una risposta definitiva all’esigenza di sistematizzare il danno da perdita di *chance*. Così, nel caso *Mohr* – ove si era verificato il (consueto) ritardo diagnostico di una dissezione della carotide, da cui erano conseguiti danni cerebrali permanenti –, la stessa corte suprema di Washington fa un passo in avanti nell’attribuire alla perdita di *chance* la consistenza di autonoma *cause of action*, ragionando (come già aveva fatto la minoranza in *Herskovits*) nel senso che la perdita della possibilità di ottenere un risultato vantaggioso va distinto dalla perdita del risultato. In un caso deciso nel 2013 dalla *Washington State Court of Appeals* (*Estate of Dormaier v. Columbia Basin Anesthesia, PLLC*: 177 *Wash. App.* 828, 313 P.3d 431, 2013) – di un paziente che era stato colpito da embolia polmonare durante un intervento chirurgico –, il giudice americano persevera nel fraintendere la natura del danno da perdita di *chance* riferendolo ad una strategia per aggirare il problema di verifica del nesso causale. Lo dimostra il passaggio in cui la corte sostiene che «*a plaintiff may not argue the lost chance doctrine where the defendant’s negligence reduced the decedent’s chance of survival by greater than 50 percents*» (630), il che implica che l’attore possa avanzare la pretesa risarcitoria nei termini di danno da perdita di *chance* solo ove tema di non poter ottenere il ristoro del pregiudizio “finale”, poiché se, invece, la *chance* di guarigione o di successo dell’intervento fosse già di per sé molto alta (ci siamo già chiesti al principio di questa trattazione, quale dovrebbe essere la soglia idonea a giustificare l’uscita di scena della *chance* e il ritorno del bene finale), non vi sarebbe motivo per non imputare al medico negligente la perdita

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*”, sulla scorta del *Restatement (second) of Torts section 323(a)* del 1965<sup>234</sup>.

I commentatori osservano, infatti, che il primo approccio delle corti è stato nel senso 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>235</sup>. D’altra parte non sono mancate decisioni che hanno iniziato a considerare la perdita di *chance* come “*distinct, compensable injury*”, anche in reazione alla confusione nascente dalla diversificazione degli standard probatori *ex section 323(a)*<sup>236</sup>.

Allo stato attuale risulta che le corti supreme di ventidue stati hanno ammesso la risarcibilità della perdita di *chance*<sup>237</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.

del risultato e non la mera perdita della possibilità di ottenerlo. Questa scissione nel metodo, questa *chance* “a scomparsa” da considerare solo all’occorrenza turba Wurdeman, il quale sostiene che l’unico approccio valido sia quello proporzionale (che, al momento della quantificazione, necessariamente rapporta la perdita di *chance* al risultato finale perduto); ma come biasimare in fondo un tale ordine di idee? Perché il paziente danneggiato che può ottenere il ristoro del danno principale dovrebbe pretendere in ogni caso il risarcimento della *chance* perduta, in quanto “*interest in itself*”? Un’ultima notazione di carattere processuale: l’A. – e giustamente secondo noi – puntualizza che, se l’attore vuole dolersi della *chance* perduta, dovrà farlo sin dal principio, nella proposizione della domanda, con la precisazione che «*at the time of pleading, the exact or estimated percentage lost may not be definitively established, but pleading the cause of action will at least put the defense on notice that it will be defending against a distinct claim. Furthermore, pleading loss of chance would not, in this case, foreclose the option of pleading wrongful death. The two may be pleaded in the alternative*» (647).

<sup>234</sup> Che non fa riferimento alla *lost chance* ma all’aumento del rischio: «*One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services for another which he should recognize as necessary for the protection of the other’s persons or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if (a) his failure to exercise such care increases the risk of such harm [...]*».

<sup>235</sup> V. R.S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Rev.* vol. 59, n. 4, 1994, 969 ss., di cui si segnala la ricca bibliografia sulla *loss of chance* 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>236</sup> Anche secondo R.S. BRUER, *Loss of a Chance*, *op. ult. cit.*, 979 ss., - come per S.R. Koch, cit. *supra* in nota n. 239 - lo standard della “*pure chance*” nasce dalle riflessioni sulla causalità del prof. King.

<sup>237</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.

Così in New Hampshire e South Dakota<sup>238</sup>; in Ohio e Massachusetts sono state avanzate delle proposte legislative per negare cittadinanza alla *lost-chance doctrine*<sup>239</sup>; in Michigan e Wyoming i tentativi di “boicottaggio” da parte del legislatore, mossi molto probabilmente dal timore di assistere ad una crescita esponenziale delle azioni per *medical malpractice*, sono falliti<sup>240</sup>.

Ci risulta che l'unico Stato ad aver approvato la *lost-chance doctrine* è il Missouri che, nel 1993 ha recepito una decisione di poco precedente della corte suprema<sup>241</sup>, novellando gli *statutes* in materia nel senso di ammettere la proponibilità di un'autonoma *lost-chance cause of action* (a condizione che il soggetto danneggiato sia deceduto al momento della domanda e cioè che la *chance of recovery* sia irrimediabilmente perduta<sup>242</sup>).

<sup>238</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 il Missouri ha, da un lato, posto dei limiti al risarcimento dei danni punitivi, ma dall'altro ha ammesso il ristoro della *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>239</sup> M. WURDEMAN, *op. ult.*, cit., 611.

<sup>240</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%.

<sup>241</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>242</sup> Così riporta S.R. KOCH, *Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine*, cit., 617.

## CAPITOLO II – LA PERDITA DI *CHANCE* NELLA DINAMICA DEL PROCESSO CIVILE. IL DIRITTO RISARCITORIO E LA SUA PROVA.

### 1. Una premessa...

La poliedrica figura della perdita di *chance* – che abbiamo provato a delineare nelle sue variabili sfaccettature – viene di consueto analizzata nella prospettiva e con gli strumenti del diritto civile sostanziale, nel tentativo di ricondurla ai principi che governano il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Non abbiamo riscontrato, infatti, in dottrina come anche in giurisprudenza, una trattazione neppure embrionale delle problematiche tipicamente processuali, che normalmente si originano dalla richiesta di (qualsiasi) tutela giurisdizionale, ma che, con riferimento alla perdita di *chance*, presentano delle peculiarità non trascurabili e meritevoli dell'attenzione da parte del moderno processualcivilista.

Una premessa si rende necessaria: le riflessioni che seguiranno in questo e nel prossimo capitolo saranno in sostanza dedicate allo studio della struttura (anche eventualmente cumulativa) del processo in cui venga proposta una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* e, prima ancora, alla struttura dello stesso diritto risarcitorio, con particolare riguardo ai suoi fatti costitutivi. Saranno dunque escluse dai discorsi che ci apprestiamo a svolgere quelle fattispecie in cui, secondo la nostra ricostruzione, la perdita di *chance* non viene in rilievo quale situazione giuridica oggetto di tutela, ma piuttosto come conseguenza giuridica del danno confinante con il lucro cessante.

È doveroso precisare, inoltre, che un cenno sulla qualificazione della domanda di risarcimento del danno da *chance* perduta è a dire il vero rinvenibile nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità: il collegio di Cass. n. 5641/2018, su cui si è già ampiamente ragionato nel primo capitolo, ha escluso «la identità sostanziale del *petitum* nel caso in cui, chiesto il risarcimento per un evento di danno da lesione di un valore/interesse costituzionalmente tutelato (la salute; il rapporto parentale), la domanda muti, in corso di giudizio (e in spregio alle preclusioni di legge) – in istanza risarcitoria da perdita di *chance* [...] attesa la ontologica diversità del bene tutelato (*i. e.* dell'oggetto della lesione)».

Anche su tale profilo di ordine processuale, sebbene nella maggior parte dei casi ignorato, la S.C. non ha mancato di esprimere posizioni apparentemente fluttuanti.

Ad avviso di Cass. n. 21245 del 29 novembre 2012<sup>1</sup> (richiamata dalla sentenza n. 5641/2018) la richiesta contenuta nell'atto di citazione volta ad ottenere il risarcimento di “tutti i danni” derivati dalla morte del congiunto non può ritenersi comprensiva della domanda di risarcimento del pregiudizio da perdita di *chance*, dovendosi altrimenti ammettere che la liquidazione di quest'ultimo danno possa essere operata d'ufficio dal giudice.

<sup>1</sup> V. il testo integrale e la massima della sentenza in *Italgireweb*. Si tratta della (seconda) pronuncia di Cassazione resa all'esito del giudizio di rinvio sollecitato da Cass. n. 4400/2004, che abbiamo già citato nel primo capitolo della nostra trattazione come la prima decisione di legittimità che ha riconosciuto alla *chance* in materia di responsabilità sanitaria lo *status* di entità patrimoniale suscettibile di valutazione economica e giuridica.

In definitiva quella domanda non può essere trattata alla stregua di un *minus* contenuto nella domanda di risarcimento del danno derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, individuando invece una diversa e autonoma causa che, se non specificamente promossa, non può essere decisa dal giudice<sup>2</sup>.

La stessa sez. III, in un caso di responsabilità da sinistro stradale, con la pronuncia n. 7193 del 10 aprile 2015 ha invece statuito in senso diverso.

Per quel che ci interessa in punto di perdita di *chance*, il ricorrente lamentava la illegittimità della decisione di merito nella parte in cui essa aveva negato ristoro alla pretesa risarcitoria fondata sulla perdita, causata dall'incidente, dell'opportunità di assunzione per quattro anni alle dipendenze di una società; il ricorrente indicava altresì il compenso annuo che avrebbe percepito.

Questa la conclusione della Corte: «la domanda di risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, proposta dal danneggiato nei confronti del soggetto responsabile, comprende necessariamente tutte le voci che compongono il danno ed in particolare il lucro cessante, pur se non contiene alcuna precisazione in tal senso, in quanto la domanda stessa, per la sua onnicomprensività, esprime la volontà di riferirsi ad ogni possibile voce di danno».

La ricomprensione della *chance* perduta nell'ambito della medesima (e unica) domanda di risarcimento del danno dipende, ancora una volta, dalla concezione che s'intende abbracciare. Se – come ci pare sia stato nel caso risolto dall'ultima sentenza citata – si assimila la perdita dell'opportunità di raggiungere un certo risultato al lucro cessante quale conseguenza giuridica dell'evento di danno, allora si parte dal presupposto che l'oggetto del giudizio non è la pretesa di vedersi ristorare il danno subito per la lesione di quel *quid* che costituiva la possibilità di guadagnare un risultato.

In tale ottica la perdita di *chance* è una conseguenza risarcibile del danno – purché, sia ben inteso, l'attore provi il nesso di causalità (giuridica) con l'evento – che, dal punto di vista funzionale non presenta alcuna differenza con il lucro cessante (e probabilmente neppure dal punto di vista sostanziale, a meno di non voler valorizzare il fatto che gli elementi costitutivi della *chance* perduta scontano un tasso di incertezza maggiore rispetto a quelli che fondano il lucro cessante<sup>3</sup>).

È chiaro che – ove si intenda considerare la *chance* come un bene giuridico suscettibile di subire uno specifico pregiudizio – la conclusione della “ontologica distinzione” della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* è del tutto naturale; ma si tratta pur sempre di un'autonomia “relativa”, che – lo vedremo – non si traduce in ogni caso nella

<sup>2</sup> Lo stesso principio è stato ribadito anche dalla sezione lavoro, con la sentenza n. 13491 del 13 giugno 2014 (per quanto faccia riferimento al danno da perdita di *chance* come «danno potenziale»), in un caso di condanna al risarcimento del danno in seguito a risoluzione del contratto di appalto per inadempimento. È interessante notare che nel ricorso per cassazione (cfr. il nono motivo), la parte lamentava l'omessa valutazione di un fatto decisivo ai fini della liquidazione del danno in via equitativa che, se considerato, avrebbe fatto emergere il pregiudizio subito in termini di perdita di *chance*. Pare di capire che, nella prospettiva di quel ricorrente, la *chance* perduta rappresentasse semplicemente un fatto di cui tenere conto al momento della liquidazione complessiva del danno e non di certo un autonomo oggetto di tutela a cui destinare un'apposita domanda.

<sup>3</sup> Così era secondo M. BOCCHIOLA, su cui v. *supra* quanto già riportato e discusso nel capitolo I.

instaurazione di un separato giudizio (o perlomeno non sarebbe questo l'assetto ideale e più conveniente a soddisfare l'interesse dell'attore).

Il riferimento a tale distinzione ontologica della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* si iscrive, secondo noi, in un generale fenomeno che potremmo definire “di atomizzazione” del danno complessivamente subito: Cass. n. 13770 del 31 maggio 2018, ad esempio, ha affermato che tanto il danno biologico, quanto il danno morale e il danno dinamico-relazionale (in origine conosciuto – e allo stesso tempo ripudiato – come danno esistenziale) «costituiscono pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi e tutti risarcibili»<sup>4</sup>.

*1.1. ... che parte dall'osservazione del “disegno riformatore” dello statuto del danno non patrimoniale da parte del giudice di legittimità e che aiuta a comprendere la tendenza a “scorporare” il danno al fine di “isolare” i pregiudizi al suo interno distinguibili.*

Allora si rende necessaria una precisazione di contesto (perlomeno in quello del risarcimento del danno non patrimoniale) che ci aiuti a raccogliere con maggiore consapevolezza le sollecitazioni della giurisprudenza di legittimità (in particolare della III sezione) sul risarcimento del danno in generale e da perdita di *chance*; materia interessata da una “campagna” di (ri)sistemazione dello statuto del danno non patrimoniale, che va via via assumendo contorni nuovi rispetto a quanto emerso e consolidatosi con le celebri sentenze di San Martino.

<sup>4</sup> Come rileva G. COMANDÉ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell'Estato di San Martino*, in *Danno e resp.* 2/2019, 55 ss., l'affermata distinzione tra danno biologico, morale e dinamico-relazionale sembra, invero, contraddetta da quanto affermato da Cass. n. 7513 del 27 marzo 2018 (conf. la di poco successiva Cass. n. 23469 del 28 settembre 2018), dove la terza sezione ha statuito che la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno c.d. dinamico-relazionale costituirebbe una inammissibile duplicazione del risarcimento, dal momento che la percentuale di invalidità permanente in cui si quantifica il danno all'integrità psico-fisica è già di per sé espressiva del pregiudizio alle attività quotidiane personali e relazionali «indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica funzionale». Nella sentenza si legge proprio che, stando al dettato normativo degli artt. 13 d.lgs. n. 38/2000 (in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) e 5 l. n. 57/2001 (sui danni causati dalla circolazione dei veicoli, abrogato e poi confluito nell'odierno art. 139 cod. ass.), «l'espressione “danno dinamico-relazionale” non è altro che una perifrasi del concetto di “danno biologico”» (cfr. p. 17); e ancora: «non, dunque, che il danno alla salute “comprenda” pregiudizi dinamico-relazionali dovrà dirsi; ma piuttosto che il danno alla salute è un danno “dinamico-relazionale”. Se non avesse conseguenze “dinamico-relazionali”, la lesione della salute non sarebbe nemmeno un danno medico-legalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile». La conseguenza è che se il pregiudizio arrecato si traduce in una normale alterazione della vita quotidiana, questa deve considerarsi ristorata con la liquidazione del danno biologico; se, invece, si configura come una conseguenza “peculiare”, allora dovrà essere risarcita aumentando adeguatamente il danno biologico, secondo un meccanismo di personalizzazione del danno. In base a tali argomenti, non sembra di poter attribuire – come fa effettivamente il collegio di Cass. n. 13770/2018 nel passaggio di p. 9 – una condizione di autonomia al danno dinamico-relazionale, tale da poterlo risarcire indipendentemente dal riconoscimento di un danno biologico. Tuttavia, in questa affermazione si annida, secondo noi, un equivoco, risolto il quale l'apparente contraddizione si risolve. La sentenza, infatti, specifica anche che per “pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi e tutti risarcibili” si devono intendere gli *effetti* del danno, che restano distinti nonostante la necessità della liquidazione unitaria dello stesso (è quella l'unitarietà a cui si riferivano le sezioni unite del 2008). Il problema sta, dunque, nell'accordarsi su quale significato assegnare al termine “pregiudizio”: se quello di autonoma fattispecie di danno ovvero quello di conseguenza dell'unico danno riscontrato.

Non giova qui ripetere ciò che fu ampiamente detto e sviscerato immediatamente a ridosso delle Sezioni Unite del 2008<sup>5</sup>, ma ci è utile ricordare che – oltre ad accogliere l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – la S.C. affermava l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale e rinnegava con forza la figura del danno esistenziale.

I principi oggi affermati da una serie di pronunce<sup>6</sup> della terza sezione testimoniano, a detta di alcuni commentatori, l'intento di superare il consolidato insegnamento della unitarietà del danno non patrimoniale – che si fondava sulla sostanziale sufficienza del danno biologico a compensare la vittima della lesione – per riconoscere l'autonoma valutazione di quei pregiudizi non aventi base medico-legale e rappresentati dalla sofferenza interiore di chi prova «dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione» (in breve, il vecchio danno morale)<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> V. alcuni dei numerosi commenti alle sentenze di Cass. SS.UU. nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 11 novembre del 2008: 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 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>6</sup> Oltre alla già citata Cass. n. 13770/2018, si vedano anche le pronunce di Cass. n. 901 del 17 gennaio 2018, Cass. n. 7513 del 27 marzo 2018 e, ancor più recentemente, Cass. n. 28989, 11 novembre 2019, 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. Si potrebbe discutere su come tale opera di rivisitazione di un principio di diritto affermato dalla S.C. a sezioni unite sia stata condotta attraverso pronunce di sezioni semplici, sebbene in discreta quantità e tutte convergenti. In realtà – come ci ricorda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, XI ed., Torino, 558 – sebbene non siano mancati nel passato tentativi di attribuire alle sentenze delle sezioni unite un'efficacia vincolante e non meramente persuasiva, il legislatore delegato con l. n. 80/2005 si è limitato a prevedere, nel co. 3 dell'art. 374 c.p.c. il dovere delle sezioni semplici di rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso alle sezioni unite ove ritengano di non condividere un loro precedente. Per il resto le sezioni semplici sono libere di discostarsi da un orientamento pur consolidato, a patto di motivare più che adeguatamente le ragioni del dissenso.

<sup>7</sup> Così letteralmente Cass. n. 7513/2018; 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 *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». V. anche l'opinione (che ci pare tutto sommato favorevole) di C. SCOGNAMIGLIO, *La giurisprudenza della corte di cassazione in materia*



Del resto lo stesso dato normativo sembra indirizzare l'interprete verso una certa "parcellizzazione" dei pregiudizi risarcibili, purché sempre adeguatamente provati; o quantomeno verso una riflessione nella liquidazione del danno della differenziazione tra i vari pregiudizi subiti dal danneggiato.

Si osservi che il legislatore del codice delle assicurazioni, all'art. 138 – relativo al danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità – ha previsto un risarcimento aggiuntivo da liquidare separatamente «qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali» (così al co. 3)<sup>8</sup>.

Parrebbe che il pregiudizio arrecato al normale svolgimento della vita assuma un rilievo autonomo e aggiuntivo solo quando gli effetti della menomazione accertata gravano, in modo eccezionale, su specifici aspetti dinamico-relazionali.

Ne ricaviamo innanzitutto che di vera autonomia "ontologica" del danno dinamico-relazionale non può mai parlarsi, dal momento che il presupposto è pur sempre l'accertamento di una lesione dell'integrità psico-fisica; in secondo luogo, pure nell'ipotesi in cui determinati momenti della vita quotidiana siano stati significativamente compromessi, il giudice non provvede al risarcimento di uno specifico e distinto danno, ma si limita ad aumentare il *quantum* liquidato a titolo di ristoro del danno biologico (il che, in concreto, non appare come nulla di diverso dalla c.d. personalizzazione, se non fosse che a quest'ultima il giudice dovrebbe ricorrere solo a fronte di circostanze del tutto straordinarie che giustificano una quantificazione particolare del danno)<sup>9</sup>.

*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. La reazione del consulente tecnico è, invece, nettamente positiva: A. BIANCHI, *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti*, in *Danno e resp.* 4/2018, 470 ss., non si mostra sorpreso dal rinnovamento della riflessione giurisprudenziale, poiché ormai è chiaro a tutti che «troppo si è voluto stipare nel danno biologico» e che «la eterogeneità fenomenologica del danno non patrimoniale del nuovo millennio» non può essere più racchiusa efficacemente in una sola categoria di danno.

<sup>8</sup> Dal canto suo, l'art. 139, relativo al risarcimento del danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità, al suo co. 3 si esprime in modo non del tutto coincidente con il dettato dell'articolo che lo precede: «qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità, l'ammontare del risarcimento del danno [...] può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 20 per cento». All'accento posto sugli specifici aspetti dinamico-relazionali, la norma aggiunge altresì il riferimento alla sofferenza fisica e psicologica di particolare intensità, che invece manca nell'art. 138. Quest'ultima norma, però, a differenza dell'art. 139, non contiene alcun cenno al danno morale, il quale viene preso in considerazione – e forse non a caso – solo nel caso di lesioni di non lieve entità.

<sup>9</sup> Non è infatti allarmato dal decalogo della terza sezione 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 tale personalizzazione invocata oggi dalla S.C., sulla base dell'art. 138 cod. ass., non si pone invero in linea 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 proprio

Non si deve dimenticare, infatti, che il danno biologico è definito anche in funzione del pregiudizio alle relazioni della vita, quale «lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito» (così gli artt. 138 co. 2 lett. *a*) e 139 co. 2 cod. ass.)<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda il danno morale, lo stesso art. 138, al co. 2 lett. *e*), ne fa espressa menzione nei seguenti termini: «al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico [...] è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione».

Anche rispetto al danno morale, il dettato letterale della norma lascerebbe intendere che il danno morale debba essere concepito dal giudice come un'appendice del danno biologico<sup>11</sup>. Eppure la S.C. non mostra tentennamenti quando afferma che la natura del danno alla persona è “duplice”, in quanto composta dalla sofferenza interiore e dalle dinamiche relazionali di una vita costretta al cambiamento, i quali individuano «danni diversi e perciò solo entrambi autonomamente risarcibili, ma se, e solo se, provati caso per caso, con tutti i mezzi di prova normativamente previsti» e sono espressione della «doppia dimensione fenomenologica della sofferenza»<sup>12</sup>.

Qui non possiamo rispondere agli insidiosi interrogativi che, forse mai del tutto sopiti, si riaffacciano nel campo del risarcimento del danno non patrimoniale, ma crediamo sia

recentemente, Cass. n. 28988, 11 novembre 2019, 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.

<sup>10</sup> Ciò non toglie che, a detta di Cass. n. 901/2018 (che possiamo considerare la sentenza “capostipite” della operazione di rinnovamento dello statuto del danno non patrimoniale portata avanti dalla terza sezione) il danno dinamico-relazionale deve considerarsi conseguenza di qualsiasi lesione di un diritto a copertura costituzionale, sia esso il diritto alla salute, sia esso altro diritto o interesse tutelato dalla Carta fondamentale (così la sentenza a pp. 20-21).

<sup>11</sup> È utile ragionare sulla scia delle riflessioni di C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.* La domanda è se, ricondotti gli aspetti dinamico-relazionali al danno biologico, residui uno spazio per il ristoro del danno morale. Come noto, la lettura “restrittiva” del risarcimento del danno alla persona imposta dalle Sezioni Unite del 2008 era nel senso di considerare il *pretium doloris* incluso nel ristoro del danno biologico. Secondo l'A. invece, al pari di quanto ritenuto nelle citate pronunce della terza sezione, il danno morale e il danno biologico sono da considerarsi distinti e autonomamente risarcibili, innanzitutto perché «si tratta di categorie che originariamente denotano aspetti diversi di quello che unitariamente chiamiamo danno alla persona: da un lato la *pecunia doloris*, e, rispettivamente, la perdita della salute, come sono diversi l'anima e il corpo inclusa la psiche». La ragione della distinzione “ontologica” è da ricercarsi nel sistema di diritto positivo: la circostanza che il previgente testo dell'art. 139 cod. ass. non recasse alcun riferimento al risarcimento del danno morale non avrebbe dovuto indurre la Corte Cost. n. 235/2014 a concludere per l'irrelevanza del danno morale in via autonoma, poiché esiste pur sempre l'art. 2059 c.c., «che del danno morale continua ad essere la regola applicativa quando la legge non abbia provveduto altrimenti». Dunque, nel sistema normativo previgente, poteva predicarsi l'autonomia del danno morale rispetto a quello biologico; oggi, dopo le modifiche apportate dalla l. n. 124/2017 all'art. 138 co. 2 lett. *e*) cod. ass., è difficile concordare con l'indirizzo proposto dalla S.C. nel senso dell'autonoma risarcibilità del danno morale.

<sup>12</sup> Così la già citata Cass. n. 901/2018 a p. 23 e poi 26.

emerso ciò che ci interessava evidenziare: il riconoscimento di uno spazio autonomo di risarcibilità al danno da perdita di *chance* – per quanto le ultime sentenze della S.C. rifiutino di alimentare la dicotomia tra teoria ontologica ed eziologica né infatti propendono per la prima a scapito della seconda – si accompagna coerentemente ad un progetto più ampio volto a restituire alla realtà processuale (specialmente nel suo momento probatorio e, infine, anche in fase di liquidazione) la varietà naturalistica delle rappresentazioni di ciò che può, più genericamente definirsi danno non patrimoniale.

Peraltro – e concludiamo una premessa su cui abbiamo sin troppo indugiato – siamo dell’idea che l’autonomia della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* non possa essere semplicemente (im)posta come conseguenza dell’affermazione della *chance* quale specifica entità patrimoniale e giuridica e debba, anzi, essere discussa.

Diremmo che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* è effettivamente autonoma solamente nei casi in cui si tratti dell’unico pregiudizio e dell’unica domanda che l’attore possa proporre in giudizio (per cui è addirittura improprio parlare di “autonomia” della domanda, poiché invero è l’unica domanda proponibile dall’attore).

Per esemplificare, si tratta del caso del candidato a cui sia stata impedita la partecipazione alla selezione a causa del fatto dannoso cagionato da un terzo o a causa dell’illecito perpetrato dallo stesso datore di lavoro che ha indetto il concorso). Il candidato non può che dolersi del pregiudizio arrecatogli per non essere stato in grado di sostenere le prove della procedura selettiva, ma non può anche avanzare pretese in ordine alla mancata vittoria del concorso, non avendo egli alcun diritto di vittoria tutelato dall’ordinamento.

Quando, invece, dall’unico fatto lesivo scaturiscono almeno due pretese concettualmente e praticamente distinte (per la ontologica distinzione degli interessi protetti), l’attore avrà interesse a farle valere entrambe.

La fattispecie che si offre come miglior (e a dire il vero unico, per quello che ci è parso di osservare) paradigma di tale ultima ipotesi è quella del risarcimento del danno da responsabilità medica, in cui la perdita di *chance* di una più lunga sopravvivenza del paziente può teoricamente affiancarsi alla domanda di risarcimento del danno alla salute o del danno da perdita del rapporto parentale, proponibili dai congiunti rispettivamente *iure hereditario* e *iure proprio*.

2. *L’insieme dei fatti costituenti la chance come oggetto della tutela giurisdizionale di mero accertamento (qualora si rifiutasse tout court l’idea della chance come situazione giuridica).*

Nella prima parte di questa trattazione ci siamo sforzati di chiarire la sussistenza delle condizioni sufficienti a definire la *chance* come situazione giuridicamente tutelata, e si è visto che ciò non ci è parso possibile se non in qualche specifico caso. E non è stato solo per giustificare la tutela risarcitoria in via aquiliana; lo si è fatto anche perché l’oggetto del processo di cognizione si identifica con la (questione della esistenza o meno di una) situazione soggettiva di cui l’attore si afferma titolare e per la cui tutela, dunque, è legittimato ad agire contro colui che pretende aver leso quella situazione<sup>13</sup>. Affinché una situazione

<sup>13</sup> V., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 29: in generale, ex art. 2907 c.c. la tutela giurisdizionale è rivolta all’accertamento dei diritti, per cui è esclusa «l’ammissibilità di azioni

soggettiva consenta al suo titolare di porla alla base di una iniziativa giurisdizionale, questa deve preesistere all'azione stessa, di modo che il giudice possa offrire la tutela richiesta pronunciando la regola concreta che disciplinerà la fattispecie.

In un'epoca in cui è progredita e forse ormai già avanzata la «dissoluzione» della categoria del diritto soggettivo<sup>14</sup>, poiché già da decenni le barriere della tipicità sancita dalla legge sono state sempre più forzate fino ad essere abbattute da una giurisprudenza creatrice autoelevatasi a fonte del diritto<sup>15</sup>, si rivela di estremo interesse una recente indagine che

volte all'accertamento di meri fatti, ancorché giuridicamente rilevanti, anziché degli effetti giuridici dagli stessi eventualmente scaturiti»; già ID., *Domanda giudiziale*, in *Dig.*, VII, Torino, 1991, 44 ss. e spec. 66 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, 3 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. 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 ID., *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., il quale, in costante dialogo con la dottrina tedesca, sottolinea che «oggetto del processo è la situazione soggettiva affermata con la domanda, sull'esistenza della quale il giudice è chiamato a pronunciare. Diritto soggettivo *affermato*, si è detto: ciò in ragione dell'autonomia del processo rispetto ai rapporti sostanziali, che si esprime nella raffigurazione dell'azione civile in termini di diritto ad un provvedimento di merito, piuttosto che di diritto ad una pronuncia favorevole». Se si fuoriuscisse dalla prospettiva di strumentalità del processo rispetto al diritto sotteso, verrebbe meno il valore della sentenza come atto volto innanzitutto a rimuovere una incertezza sul piano sostanziale e «diventa difficile anche l'applicazione degli effetti del giudicato in giudizi successivi, relativi a rapporti dipendenti da quello accertato. Poiché il nesso di dipendenza corre non tra pretese astratte, ma tra diritti soggettivi ed ha valore, prima che sul piano processuale, nel mondo sostanziale, la pronuncia può produrre effetti sulla situazione pregiudicata soltanto se accerta un rapporto tecnicamente specificato» (53-54); per una indagine recente sul tema v. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, spec. 536 ss.

<sup>14</sup> Una dissoluzione guidata dalla prevaricazione dei «valori» sulle «norme», giacché i primi non hanno bisogno della fattispecie per trovare applicazione. Così «le parti non espongono più al giudice eventi riducibili a casi, «stati di fatto contrari al diritto» e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, ma «operazioni economiche», posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese. [...] Le parti descrivono, in largo senso, «situazioni di vita», contenuti di esperienza, e domandano risposte nel segno dei valori. «Situazioni di vita», e non (per usare la classica formula di Chiovenda) «beni della vita» predefiniti nella loro tipicità processuale» Ecco che cambia il ruolo affidato al giudice, non più vincolato al «controllo di conformità tra eventi e singole fattispecie», a fronte di un ridisegnato rapporto tra *petitum* e *causa petendi*: queste le limpide riflessioni di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.* 1/2014, 36 ss.; già F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 26 ss., aveva riconosciuto la natura del diritto soggettivo di *species* del più ampio *genus* dell'interesse protetto; sui diritti soggettivi v., in particolare, U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, nonché E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 55 ss.

<sup>15</sup> Come descrive icasticamente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., IX, «il giudice diventa padrone dei «valori» e pretende così di innalzare l'*auctoritas* della sentenza all'assolutezza di una *veritas*, la quale è, sempre e solo, atto di umana volontà».

giustamente si interroga sulla attuale tenuta dell'enunciato appena riassunto sul diritto soggettivo (o comunque situazione giuridica soggettiva attiva) quale oggetto del giudizio<sup>16</sup>.

Senza altro la riconosciuta tutelabilità in via giurisdizionale della *chance* ha partecipato a quell'opera di sfaldamento del diritto soggettivo come unica posizione suscettibile di essere oggetto di una domanda di risarcimento del danno, in quanto contribuisce a determinare un'anticipazione della soglia di tutela, rivolta, da un certo momento in avanti, non più soltanto al diritto coincidente nel risultato "finale", ma anche alla possibilità di acquisire quello stesso diritto nel patrimonio del soggetto.

Il sacrificio di una mera potenzialità è divenuto intollerabile per l'ordinamento che, però, in cambio della "concessione" di tutela, ha richiesto al soggetto la dimostrazione degli elementi da cui desumere l'esistenza concreta di una *chance*.

L'opera di definizione della *chance* come interesse protetto potrebbe rivelarsi superflua nella prospettiva che ha inteso valorizzare l'azione "in senso astratto" o "senza diritto", non già nei termini propri di uno sforzo volto a spezzare il rapporto di strumentalità che lega il processo al diritto sostanziale di cui si chiede tutela<sup>17</sup>, quanto piuttosto per ampliare il novero delle situazioni *lato sensu* suscettibili di divenire oggetto della domanda e del giudicato<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Ci riferiamo al lavoro di E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, 18 ss., la quale reca come esempi della disintegrazione della figura del diritto soggettivo i casi del diritto a nascere sani o quello del partner alla *stepchild adoption*, che costringono il processualista a confrontarsi con il tema dell'esercizio di un'azione "astratta", «nel senso che il diritto per cui domanda tutela con il processo non preesiste nell'ordinamento ma se ne chiede, piuttosto, al giudice la "creazione"». L'A. riconosce sin dalle prime pagine che un siffatto ragionamento può sembrare viziato, «posto che, quand'anche l'attore agisca in giudizio affermandosi titolare di un diritto che non "preesiste" nel senso che se ne chiede per la prima volta il riconoscimento "per via pretorile", l'oggetto del processo civile sarà comunque costituito, *more solito*, da quel diritto, ipotetico e meramente affermato per cui l'istante chiede tutela». Ha parlato di «fluidità» della categoria del diritto soggettivo, contraddistinta dalla «datitudine indefinita, potenzialmente in grado di adattarsi a qualunque situazione dotata di rilevanza giuridica suscettibile di protezione davanti all'autorità giudiziaria», D. TURRONI, *I procedimenti camerale «senza diritti»*, vol. I "Le situazioni soggettive", Torino, 2019, spec. il primo capitolo (l'opera più in generale si occupa di indagare in quali casi si giustifichi l'alterazione del modello camerale "semplice", in quando siano coinvolti diritti soggettivi o comunque vi sia una incidenza su tali diritti).

<sup>17</sup> Si veda il recente contributo di N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 1/2019, 15 ss., che ripercorre l'opera svolta dalla giurisprudenza, in particolare della Corte Costituzionale, al fine di garantire la concreta attuazione del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi sancito dall'art. 24 Cost., proprio all'insegna del «processo come strumento di tutela delle situazioni giuridiche sostanziali».

<sup>18</sup> Come spiega E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 28. Nel riferirsi a tali dottrine, su cui a breve ci soffermeremo, l'A. le riconduce 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». L'analisi dell'A. è stimolante anche per la comparazione con gli ordinamenti che, a differenza del nostro, pongono ad oggetto del processo (e del giudicato che ne conseguirà) l'entità processuale definita *Anspruch* ossia "pretesa" e sono, in particolare quelli di Germania, Austria e Svizzera. Invero il rapporto con il diritto sostanziale sotteso riemerge nel momento dell'individuazione del *Lebenssachverhalt*, ossia l'episodio della vita, attraverso i fatti che lo connotano: «si tratta, *mutatis mutandis* [...] di un metodo simile a quello suggerito nella dottrina italiana, negli anni ottanta, da Cerino Canova, per delineare la nozione di *causa petendū* (37), che, in Germania ha dato vita

Così, 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 un diritto (alla modificazione della realtà 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; 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.

Questo 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 – che nella tutela di accertamento trova l'ambito di elezione, l'unico in cui eserciti una vera influenza – diventa lo strumento di individuazione della «minima unità strutturale» azionabile in giudizio<sup>19</sup>.

ad una «nuova teoria della individualizzazione», diversa da quella tradizionale, che muoveva dal presupposto che la qualificazione della domanda da parte dell'attore si basasse su una determinata qualificazione giuridica. D'Alessandro nota, inoltre, che, sempre più spesso, nella manualistica tedesca moderna (v. i riferimenti bibliografici di p. 41, note 31 e ss.) si parla di «*Variabler Streitgegenstand*», cioè di oggetto variabile del processo, anche nel tentativo di «adattarsi alla nozione autonoma di oggetto del giudizio elaborata dalla Corte di giustizia UE, in particolare a proposito della litispendenza comunitaria». È utile osservare, insieme all'A., anche se non possiamo qui approfondire, che nella dimensione europea, si è valorizzata una nozione funzionale e teleologica della domanda giudiziale (emblematico il caso *Gubish c. Palumbo*, che ravvisava una sostanziale identità tra l'azione di condanna all'adempimento e quella di risoluzione dello stesso contratto, su cui v. i commenti citati a p. 48, nota 45), che guarda cioè allo scopo perseguito dall'attore e, dunque, al bene della vita che egli spera di conseguire. Chiaramente tale diversa nozione di oggetto del processo proposta dal giudice europeo si pone in contrasto con l'opinione prevalente nell'ordinamento italiano, che identifica la *res in iudicium deducta* con la situazione soggettiva sostanziale.

<sup>19</sup> È la nota 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 del 6 marzo 1989 che decideva un caso relativo alla questione – su cui più avanti torneremo – 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'autorevole studioso si mostra critico rispetto 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 «da parte, nel proporre la domanda giudiziale, [dovrebbe] avere cura di predisporla in maniera da esaurire qualsiasi pretesa collegabile alla 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. 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

Così l'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., con la sua formula aperta e quasi apodittica, è stato valorizzato come strumento di selezione della concedibilità della tutela giurisdizionale, al fine di estendere l'ambito di applicazione della tutela di mero accertamento ad ulteriori fattispecie.

In particolare si è sostenuto che l'azione di accertamento potrebbe talvolta 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>20</sup>.

Ciò implica che, secondo tale ricostruzione, un rapporto giuridico possa essere calato in giudizio anche con riferimento ad un *quid minoris* e non necessariamente in tutta la sua compiuta integralità<sup>21</sup>.

domanda giudiziale». Vedremo *infra*, al par. 3.2., come il concetto di “interesse al frazionamento” è stato valorizzato dal più recente orientamento del giudice di legittimità. E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 27, nota 13, si riferisce alla posizione di Verde, contemplandolo tra gli A. che hanno fatto leva sul concetto di «azione senza diritto»: ci sembra però che egli non metta in discussione la premessa secondo cui l'ordinamento coordina l'azione civile alla tutela di situazioni soggettive autonomamente rilevanti (cfr. p. 576). 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>20</sup> Così M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 141 ss., in minoranza rispetto alla tesi preponderante secondo cui l'accertamento di singoli aspetti o profili di un rapporto giuridico deve considerarsi ammissibile nei soli casi previsti dalla legge, eppure sulla scia della opinione autorevolmente sostenuta da G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 3 ss. e ID., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1933, 33 ss. (su cui v. anche le riflessioni di C. CHIARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, spec. 28 ss., la quale ci spiega che, nel pensiero di Chiovenda, tanto alle azioni di accertamento positivo che negativo non è sottesa alcuna situazione giuridica soggettiva tipica, poiché tali azioni sono finalizzate ad ottenere una sentenza che accerti «la concreta volontà della legge nel caso concreto» al fine di conseguire la «certezza giuridica» in ordine alla esistenza o inesistenza di un bene, certezza che è di per sé un bene giuridico); in tal senso v. pure A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit. (v. anche ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 6/2002, 165 ss.) sulla tutela generale e atipica di accertamento, a prescindere dunque dalle ipotesi espressamente previste dalla legge; sul punto E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 16 ss., sosteneva di avere esitato non poco sulle pagine chiovendiane sull'azione di accertamento come tutela generale, ma aveva infine ritenuto più prudente concludere che, in mancanza di un diritto soggettivo, l'ammissibilità dell'accertamento dipende non da un'esigenza di tutela, ma da «un più mutevole apprezzamento di opportunità e convenienza»). In adesione alla tesi di Marinelli sull'interesse ad agire come “filtro” di accesso selettivo alla tutela dichiarativa, anche C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, spec. 53-54, nota n. 5.

<sup>21</sup> In tal senso M. MARINELLI, *op. loc. ult. cit.*, riferendosi esplicitamente al pensiero di G. VERDE, *op. ult. cit.* Bisogna prestare attenzione, però, a non sovrapporre discorsi confinanti – in quanto entrambi in un certo senso riconducibili al tema della “scomposizione” dell'oggetto del giudizio – ma diversi. Ci sembra che Marinelli accosti l'ipotesi dell'esclusiva deduzione in giudizio delle c.d. *Vorfragen* al diverso caso (a cui si riferiva Verde nella sua nota sulla “minima unità strutturale”) del “frazionamento” in più domande giudiziali di diversi effetti discendenti dallo stesso rapporto (ad es.: diversi crediti nascenti dallo stesso rapporto di lavoro o diverse voci dello stesso danno). Letteralmente “*Vorfrage*” significa “questione preliminare”: cioè questione preliminare al futuro esercizio di altre pretese nascenti dallo stesso rapporto giuridico, come nel caso dei profili fattuali aventi rilevanza giuridica nell'ambito del

Con specifico riferimento alla *chance* si dovrebbe immaginare un interesse del danneggiato ad adire il giudice al fine di ottenere l'accertamento di fatti e circostanze che dimostrino materialmente l'esistenza di una *chance* (di risultare vincitori di un concorso interno per l'attribuzione di qualifica superiore, ad esempio).

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; strumentalità che dovrebbe opportunamente emergere già dai contenuti delineati nell'atto di citazione per il mero accertamento.

rapporto di lavoro, su cui v. *infra* nel testo. Ne è ben consapevole lo stesso Autore, quando più avanti (cfr. 159) precisa che «qualora dalla *Vorfrage* oggetto dell'azione dichiarativa non dipendano l'esistenza o la inesistenza o la conformazione di un rapporto giuridico attuale, il giudice deve dichiarare il difetto d'interesse ad agire». Oltre all'eccezione del difetto di interesse ad agire, il convenuto ha a disposizione lo strumento della domanda riconvenzionale per ampliare il *thema decidendum* e pretendere così la deduzione in giudizio dell'intero rapporto (161). In passato si era espressa a favore di una 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 alla pronuncia della Pretura di La Spezia del 3 agosto 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». Ci pare di poter scorgere una premessa di tale impostazione nelle riflessioni di B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse*, cit., spec. 65 ss. (v. anche ID., *Interesse ad agire*, I, *Diritto processuale civile*, Enc. Giur., XVII, Roma, 1989), in cui l'A. aveva sviluppato 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*, e, in tale ottica, ne aveva riqualificato l'incidenza anche con riferimento alla tutela costitutiva. Marinelli, 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. Ne è un esempio il caso della domanda di annullamento del testamento, rispetto al quale risulta l'esistenza di altro e precedente testamento di identico tenore non impugnato né più impugnabile: qui Sassani, secondo noi condivisibilmente, ritiene che la domanda dovrebbe essere rigettata in rito per carenza di interesse ad agire; secondo Marinelli, invece, l'interesse ad agire è chiamato in causa impropriamente, perché si tratta piuttosto di inesistenza del diritto soggettivo potestativo all'annullamento, tale da giustificare una pronuncia di rigetto nel merito. Invero ci sembra che la cognizione del giudice si arresti ben prima della decisione sull'esistenza o meno del potere di azione costitutiva. Parimenti, nel caso di azione di rivendica, il riscontro del mancato possesso del bene di cui si pretende la restituzione in capo al convenuto, giustifica, secondo la prima impostazione, un rigetto in rito per carenza di interesse ad agire, secondo l'altra, un rigetto nel merito, poiché il possesso sarebbe elemento costitutivo della fattispecie del diritto alla restituzione. 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*, in P. SCHLESINGER (fondato da) e F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile Commentato*, Milano, 2018, 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).



In altre parole ci dobbiamo chiedere se si possa ammissibilmente domandare l'accertamento dei fatti fondanti la *chance* di successo (che *in thesi* non sarebbe configurabile come una situazione giuridica oggetto di tutela), senza proporre contestualmente l'azione di risarcimento del danno, ma adducendo l'interesse ad ottenere intanto un siffatto accertamento al fine di porre più solide basi per il futuro esercizio dell'azione di 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 di ardua prova).

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 vedremo 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 "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>22</sup>.

Il punto è che, in tali casi, si tratta di azioni non ancora esercitate ma astrattamente proponibili (o di poteri costitutivi ad attuazione stragiudiziale, come nel caso del

<sup>22</sup> Ne discute, anche in dialogo con le soluzioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità, E. D'ALESSANDRO, *op. ult. 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. n. 14657 del 30 giugno 2014 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.

licenziamento), in quanto attinenti ad un rapporto giuridico (contrattuale) già esistente da cui si diramano alcuni diritti certi perché già acquisiti al patrimonio del lavoratore.

Se volessimo applicare tale *modus cogitandi et 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, per la semplice ragione che, pure dopo aver ottenuto il riconoscimento della *chance* in astratto, ciò non potrebbe fondare in concreto e automaticamente la ulteriore pretesa risarcitoria.

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, poiché l'unica tutela riconoscibile è quella risarcitoria per la lesione derivante dal sacrificio della *chance*, il cui accertamento costituisce senza dubbio un nodo da sciogliere prima di poter accordare la tutela di condanna al risarcimento del danno, ma che non può ragionevolmente essere, in via preventiva, l'oggetto esclusivo della cognizione giurisdizionale (e ovviamente senza alcun pregiudizio della futura azione).

L'unica eccezione che riusciamo ad immaginare riguarda il caso in cui l'attore adduca la volontà di rimuovere l'incertezza intorno all'esistenza della *chance* già compromessa, presupposto del diritto al credito risarcitorio, nell'attesa di agire in giudizio per la pretesa al ristoro del danno, non essendo in un primo momento ancora in grado di provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito<sup>23</sup>.

In pratica la tutela di accertamento di tutti quei fatti che si è soliti pensare assommata 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<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> È il suggerimento che ricaviamo da E. MERLIN, *Mero accertamento*, 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>24</sup> Infatti non si tratterebbe qui di una domanda di mero accertamento dell'esistenza del credito al risarcimento del danno, ma dell'accertamento preliminare dell'esistenza della *chance* come situazione giuridica la cui lesione ha determinato l'insorgenza dell'asserito credito risarcitorio. Stando all'autorevole opinione di A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, (ristampa del) 1958, 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

Peraltro si osservi che 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 allora, in definitiva, a prescindere dal proprio stato di "insicurezza" sulla capacità di dare adeguata prova degli elementi dell'illecito, l'attore che pretende aver subito un danno dovrebbe agire direttamente con una domanda di condanna al risarcimento.

3. *Sulla unicità del diritto risarcitorio in generale: l'individuazione dei fatti costitutivi della domanda di risarcimento del danno.*

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 sia unico pure quando il medesimo evento lesivo colpisca più di un interesse o bene giuridico; e, quindi, se la perdita di *chance* possa costituire titolo per la proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno (perlomeno negli specifici casi in cui abbiamo riconosciuto la *chance* quale autonomo interesse, come nelle liti sulla responsabilità medica) o se debba piuttosto considerarsi una mera voce di danno espressiva di una conseguenza risarcibile (come deve essere, secondo noi, specialmente nelle ipotesi di responsabilità da inadempimento contrattuale, ove però le *chances* perdute si confondono o coincidono con il lucro cessante).

Come noto, con riferimento ai diritti eterodeterminati<sup>25</sup>, il classico dibattito che ha visto impegnati i processualisti di varie generazioni<sup>26</sup> tra sostanziazione e individuazione della

processuali dovrebbe optare per quello «più rapido, conveniente ed economico» (torneremo più avanti a ragionare sulle riflessioni di Attardi, *infra* al cap. III, spec. nota n. 4).

<sup>25</sup> Sulla cui 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*, l'Autore che più e prima di tutti si è occupato di indagare la distinzione e cioè A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 177 ss. e ancora 186 ss.; si veda C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., spec. par. 17 e 18; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 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: C. condivide l'opinione di A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 183, secondo cui tali diritti sarebbero autodeterminati; *contra* S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 215 ss.). Sul tema si segnalano anche le note pronunce di Cass. SS.UU. n. 26242 e 26243 del 2014, 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. III, par. 1, nota n. 6).

<sup>26</sup> E che oggi è ben ricostruito nel recente 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, p. 248 ss., l'A. riteneva che il fatto costitutivo non potesse coincidere con il fatto storico, nemmeno se filtrato tramite

domanda, ha cercato 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 fattispecie legale 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 consapevolezza 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 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>30</sup>.

L'effetto giuridico 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, 1985, 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 (come 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»). Menchini opta dunque per la teoria della individuazione, nel senso di concludere che l'unico elemento identificatore sia la fattispecie, facendo opportunamente attenzione ai 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. Tutto sta nell'analizzare i rapporti che intercorrono tra le due fattispecie potenzialmente rilevanti (quando gli elementi di fatto siano parzialmente identici e identico sia anche l'effetto): la relazione potrebbe essere di «esclusione» e, cioè, diremmo di incompatibilità per cui si può applicare una norma o l'altra ma non entrambe; o di «specialità e sussidiarietà». Saremmo curiosi di sapere se l'A. riterrebbe di intravedere una relazione di sussidiarietà tra il diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza, ad esempio, e il diritto al risarcimento del danno alla salute, nel senso che la prima sarebbe fattispecie sussidiaria rispetto alla seconda, in quanto «opera soltanto a condizione che non risulti attuata l'altra» e «ove uno stesso fatto sia idoneo ad integrarle entrambe, è applicabile la sola fattispecie non sussidiaria»; l'A. spiega che «il nesso intercorrente tra le norme è di carattere non strutturale ma *teleologico* [...] l'una fattispecie è, in modo *esplicito* o *implicito*, considerata sussidiaria rispetto all'altra; in particolare si ha sussidiarietà implicita ogni volta che l'applicazione di una norma, detta sussidiaria, frustrerebbe lo scopo, perseguito dall'altra».

<sup>27</sup> 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.

<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.

<sup>29</sup> Come già evidenziato, ci pare di intendere che S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 231 ss., – con cui concorda E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 87 ss. – sostenga ancora convintamente la teoria dell'individuazione «pura»: nel presupposto di voler ammettere l'indispensabilità della individuazione del paradigma normativo ai fini della determinazione della *causa petendi*, l'A. rilegge le pagine di A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 186 ss., nel senso che il riferimento all'effetto giuridico derivante dall'accadimento storico non è altro che il «ponte» di collegamento con la fattispecie giuridica costitutiva del diritto.

<sup>30</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

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.

Diversamente è inaccettabile sostenere, insieme ai fautori della *Individualisierungstheorie* – retaggio del sistema prima romano e poi tedesco fondato sulla tipicità delle *actiones* – che l'oggetto del giudizio e del conseguente giudicato si estenderebbe alla sola fattispecie legale espressamente richiamata nella domanda, sicché il rigetto della stessa non precluderebbe l'instaurazione di un nuovo processo avente ad oggetto lo stesso diritto, ma sussunto in una qualificazione normativa ulteriore<sup>31</sup>.

3.1. (segue) sulle ragioni per cui la perdita di chance fonda un autonomo diritto di credito risarcitorio (quando la chance si riferisce ad un interesse suscettibile di autonoma considerazione e nonostante la derivazione dalla medesima e unitaria vicenda sostanziale).

Cerchiamo ora di applicare queste fin troppo sintetiche riflessioni sulla individuazione del titolo della domanda giudiziale alla domanda di risarcimento del danno in rapporto con il pregiudizio derivante dalla perdita di *chance* e torniamo a chiederci se il diritto risarcitorio sia unico o meno. 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>32</sup>.

fatti, rilevante per più fattispecie, generi una posizione giuridica sostanziale unica o invece dia luogo al sorgere di più situazioni sostanziali autonome».

<sup>31</sup> Così del tutto condivisibilmente C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*, per cui lo stesso diritto non può essere dapprima dedotto in giudizio sulla base di un contratto di compravendita e, poi in seguito al rigetto della prima pretesa, sulla base di un contratto di locazione. In realtà, secondo E. D'ALESSANDRO, *op. loc. ult. cit.*, questa inaccettabile conseguenza verrebbe evitata, se si pensa che, nell'ipotesi in cui il concorso di norme e cioè di qualificazioni giuridiche della stessa fattispecie sia solo astratto, perché il diritto è unico, la domanda non sarà riproponibile a seguito del primo rigetto; e, nel corso del giudizio, si potrà passare da una qualificazione all'altra senza che ciò costituisca inammissibile *mutatio libelli*, contribuendo così a realizzare anche il sempre pregevole obiettivo di economia processuale.

<sup>32</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*

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 utilizzati a fondamento di ulteriori future domande di risarcimento del danno<sup>33</sup>.

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>34</sup>, di talché la sola allegazione dei fatti che concretizzano l'evento di danno, senza procedere altresì alla determinazione di almeno uno dei pregiudizi subiti, determinerebbe la declaratoria di inammissibilità per la omessa (o incompleta e carente) specificazione della *causa petendi*, prescritta dal combinato disposto degli artt. 163 co. 3 n. 4 e 164 c.p.c.

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 aggiunta al primo elemento individuatore della *causa petendi* consistente nel fatto storico della condotta illecita.

*del giudizio*, II, Milano, 1994, 24 ss., sulla impossibilità di scomporre l'unico diritto di credito (eccepite in 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>33</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 già manifestati ma erano rimasti ignoti alla parte attrice per motivi alla stessa non rimproverabili: cfr., da ultimo, Cass. n. 27031 del 27 dicembre 2016, reperibile nella banca dati *De Jure*, 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) l'insussistenza 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., il quale 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. 11789 del 12 maggio 2017: il danno prodottosi 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 sanzionare la diversa ipotesi della frammentazione in più giudizi di una domanda che poteva sin dall'inizio essere proposta.

<sup>34</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.

Orbene, se il pregiudizio o voce di danno o conseguenza risarcibile che dir si voglia non viene contemplato in quanto tale, il diritto di credito è pur sempre qualificabile come un diritto eterodeterminato – poiché *la causa petendi* viene ritenuta comunque indispensabile ai fini della individuazione del diritto in citazione – ma viene reputato essenziale solo uno degli elementi della *causa petendi*, e cioè la condotta lesiva, e non anche l'ulteriore componente rappresentata dallo specifico pregiudizio subito, che in quest'ottica è considerato solo una voce di danno e, cioè, un indice di determinazione del *quantum*<sup>35</sup>.

Se il titolo si identifica con il fatto generatore del danno, vorrà dire che l'allegazione successiva di un pregiudizio distinto da quello esposto nell'atto introduttivo non comporterà una inammissibile *mutatio libelli*; 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.

D'altra parte la opposta concezione del singolo pregiudizio come autonoma fonte di una 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 – l'attore sarebbe libero di ripartire la propria pretesa in tanti giudizi quanti sono i danni (o le voci di danno) patiti.

Secondo noi tanto l'una quanto l'altra concezione possono trovare adesione, a seconda di cosa si voglia intendere per “pregiudizio” da dedurre ad oggetto della lite. La tesi dell'unicità del diritto al risarcimento – che, lo ripetiamo, comporta la copertura del giudicato su tutti i pregiudizi dedotti e deducibili (ma non dedotti) – 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, nel senso che se sono effettivamente riconoscibili più diritti, le pretese risarcitorie non potranno che essere distinte<sup>36</sup>.

In effetti, ove il pregiudizio sia manifestazione della lesione di un diverso interesse – e cioè sia riferibile all'inadempimento di un altro obbligo o alla lesione di un diritto

<sup>35</sup> Così, come visto, *in primis* A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto risarcitorio*, cit., 454.

<sup>36</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».

distinguibile – non solo non concorre a formare la *causa petendi* della prima domanda, ma individua secondo noi una domanda ulteriore (e autonoma nel senso che chiariremo).

In tale seconda prospettiva è preferibile presupporre la tesi che potremmo definire, forse impropriamente, della “piena” eterodeterminatezza, per cui ciascun distinto pregiudizio individua una distinta domanda.

### *3.2. Sulla proposizione della domanda di risarcimento del danno da perdita di chance in relazione al dibattito sul frazionamento del credito.*

Abbiamo chiarito che, nei casi in cui la perdita di *chance* sia individuabile come autonomo pregiudizio riferito ad uno specifico interesse tutelato, la domanda risarcitoria debba considerarsi distinta e autonomamente azionabile.

Nelle diverse ipotesi in cui, in corrispondenza del medesimo fatto storico a cui si riconduce un pregiudizio sostanzialmente unitario, poiché riconducibile alla lesione di un unico interesse meritevole di tutela, la perdita di *chance* può emergere nella fase di liquidazione come mera voce di danno (l'unico configurabile)<sup>37</sup>.

Per esempio dal danno biologico possono conseguire sofferenze di varia natura, ma la matrice 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 lavoro (ancor più rilevanti quando il soggetto danneggiato sia un libero professionista).

Dovremmo allora riflettere sul problema della frazionabilità dell'unica pretesa risarcitoria e cioè sulla possibilità che il danneggiato “isoli” il pregiudizio derivante dalla perdita di *chance*, anche alla luce del più recente (e cauto, quanto al noto divieto di frazionamento) orientamento espresso da Cass. SS.UU. n. 4090 del 16 febbraio 2017<sup>38</sup>.

La pronuncia fa salva l'eventualità di un «interesse oggettivamente valutabile al frazionamento» di crediti distinti (nel caso di specie si trattava del credito relativo al trattamento di fine rapporto e di quello consistente nel c.d. premio fedeltà), pur inerenti allo stesso rapporto contrattuale di lavoro, purché non risulti che essi si proiettino nel perimetro di un medesimo giudicato, ovvero che siano 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».

La S.C. ha chiarito che il principio di diritto affermato nel proprio *overruling* del 2007 (su cui a breve ci soffermeremo), poi ribadito da successive pronunce, si riferiva all'infrazionabilità dell'unico credito e non può essere esteso automaticamente al caso di più crediti pur nascenti dal medesimo rapporto obbligatorio di cornice.

<sup>37</sup> Abbiamo già chiarito nella prima parte del nostro lavoro che, nella maggior parte dei casi, in realtà, la perdita di *chance* non è definibile come fattispecie autonoma di danno, ma semplicemente come conseguenza risarcibile del danno “principale”.

<sup>38</sup> In *Giur. it.* 5/2017, 1089 ss., con nota di M. BARAFANI, *I fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*; v. pure F. TRONCONE, *Note minime sul frazionamento del credito a seguito di Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, in judicium.it* del 21 marzo 2017.



Secondo la Corte sono numerosi gli argomenti a favore dell'affermazione di un principio generale di frazionabilità dei diversi crediti inerenti allo stesso rapporto e sono desumibili, in particolare, dalle norme processuali che disciplinano le domande accessorie, le ipotesi di connessione in generale e la proponibilità della domanda di condanna generica, a fronte della mancanza di una norma che sanzioni espressamente la instaurazione di più giudizi con la "improponibilità" della domanda.

L'arresto del 2017 appena sunteggiato è il risultato di una evoluzione che non possiamo ripercorrere puntualmente in queste pagine; ci limiteremo pertanto solo a qualche accenno utile ai fini della nostra indagine.

Come noto, parte della giurisprudenza, oggi superata<sup>39</sup> – sulla scia di quella pur autorevole dottrina<sup>40</sup> che, in virtù del principio dispositivo, pretendeva di conservare integro il potere

<sup>39</sup> Stanti le ultime pronunce del giudice di legittimità, il suddetto orientamento può ritenersi superato: v., ad esempio, Cass. n. 17019 del 28 giugno 2018 (in *Italggiureweb*), 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».

<sup>40</sup> La posizione permissiva del frazionamento, come già visto, è da ricondursi sostanzialmente a coloro che ritenevano che in realtà ogni distinta voce di danno integrasse un pregiudizio autonomamente azionabile in giudizio e così innanzitutto a E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit., 399 ss. Secondo A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 74, nota n. 213, «sembra avvicinarsi» alla tesi di Allorio – e noi diremmo che non solo si avvicina, ma vi aderisce –, 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 il progetto di Cerino Canova 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». 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» (ora si comprende meglio quel «sembra avvicinarsi» di Chizzini). 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., «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 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, *Ammisibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Giur.it.* 6/2001, 1143 ss. (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

dell'attore di chiedere il riconoscimento e la liquidazione di una sola porzione della propria pretesa, nonché della pronuncia di Cass. SS.UU. n. 108 del 10 aprile 2000 – ammetteva il potere di frazionamento, qualora venisse specificata l'intenzione di limitare l'oggetto della domanda e vi fosse espressa riserva di agire in un successivo giudizio per il residuo<sup>41</sup>.

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*, dunque la critica non coglie nel segno secondo noi. Vero è, tuttavia, che il frazionamento può intervenire, a rigore, non al momento della proposizione della domanda, ma a lite già in corso, a prescindere dall'orientamento della giurisprudenza che ammette la proposizione *ab origine* di una domanda di condanna generica, orientamento che lo stesso C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 86-87, giudica sì contrario al tenore letterale dell'art. 278, ma in fin dei conti accettabile se si pensa che il convenuto può comunque opporsi alla limitazione richiesta dall'attore e chiedere che venga, invece, accertata anche la quantità della prestazione dovuta. Più recentemente, nel commentare le sezioni unite del 2017 nelle pagine del suo manuale, l'A. conferma la correttezza della soluzione di tendenziale ammissibilità di una iniziativa giudiziale frazionata; e, al più, per evitare un effettivo abuso dello strumento processuale, suggerisce l'idea di negare all'attore «il ristoro delle spese di lite nei processi successivi al primo (o addirittura [di condannarlo], pur vincitore, a rifondere le spese di lite al convenuto soccombente»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, 602 (l'idea di “caricare” le spese della lite sul creditore, anche se non soccombente, si ritrova in 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.). Tornando all'analisi di Chizzini, 75 ss., si segnala che l'A. ritiene del tutto inaccettabile la possibilità del frazionamento, poiché non si rinviene nell'ordinamento alcuna norma che lasci intendere, anche indirettamente che la situazione sostanziale sia nella disponibilità delle parti, alle quali dunque non è concesso disaggregarla a seconda del proprio interesse concreto. Questa non sarebbe la corretta interpretazione del principio dispositivo, che «riconosce a colui che si afferma titolare del diritto il potere di adire l'autorità giudiziaria per la tutela della propria situazione giuridica soggettiva, ma – si deve ritenere – nei limiti e nei confini posti dalle norme processuali. [...] Del resto, l'agire in giudizio non può essere considerato un modo di disporre del diritto, almeno nel senso tecnico e proprio del termine» (così si era espresso già S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 280-281, il quale evidenzia l'incompatibilità di una siffatta impostazione con la concezione del processo come strumento di diritto pubblico). L'A. critica altresì uno degli argomenti classicamente addotti a sostegno della frazionabilità del credito, cioè la facoltà riconosciuta al creditore dall'art. 1181 c.c. di rifiutare l'adempimento parziale (così ad esempio G. VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie di lavoro*, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, 679 ss.): in tale ottica, si confonde il piano attinente all'interesse del creditore all'adempimento anche parziale, secondo valutazioni rimesse alla sua totale libertà, con il ben diverso piano processuale della tutela giurisdizionale.

<sup>41</sup> V. i riferimenti alla giurisprudenza non più recente e definitivamente superata riportati da 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. Questo non più recentissimo orientamento consentiva al creditore di frazionare la pretesa risarcitoria attraverso l'espressa riserva di futura azione al fine di far valere altre voci di danno: cfr., solo a titolo esemplificativo, Cass. n. 24913 del 29 novembre 2007, 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; e Cass. n. 7358 del 2 giugno 2000, che ammetteva la richiesta in via autonoma degli interessi compensativi rispetto ad un danno già liquidato in una precedente sentenza. L'origine di tale orientamento si trova in una pronuncia di Cass. SS.UU. n. 108 del 10 aprile 2000 (su cui v. i commenti segnalati da C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito*, cit., 47, nota 110) che all'epoca compose il contrasto sorto tra le pronunce delle sezioni semplici optando per l'ammissibilità del frazionamento sulla base del rilievo della mancanza, nell'ordinamento, di una norma o di un principio generale da cui ricavare la regola opposta. In ogni caso, stanti le ultime sentenze del giudice di legittimità, il suddetto orientamento può ritenersi superato: v., ad esempio, Cass. n. 17019 del 28 giugno 2018 (su cui ci soffermeremo a momenti nel testo) secondo cui «in tema di risarcimento dei danni da responsabilità civile, il danneggiato, a fronte di un unitario fatto

Successivamente nell'intento di dare ampio (e forse spropositato) risalto alla figura dell'abuso del processo, la giurisprudenza della S.C. ha dato seguito ad 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.

Si può ricordare, in particolar modo, il passaggio cruciale della sentenza di Cass. SS. UU. n. 23726 del 15 novembre 2007 che, in dichiarato ossequio ai criteri generali della buona fede oggettiva e della correttezza, ha ritenuto che la parcellizzazione dell'iniziativa giudiziale determina un ingiustificabile aggravio della posizione del debitore, poiché comporterebbe un «prolungamento del vincolo coattivo», nonché una maggiorazione delle spese e dei costi sopportati per la reiterata necessità della difesa in giudizio<sup>42</sup>.

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». V. pure le osservazioni di C. CARIGLIA, *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.* 2/2016, 370 ss., in nota a trib. Perugia, sez. I, del 19 ottobre 2015: l'A. critica il ricorso alla figura dell'abuso del processo al fine di giustificare l'inammissibilità del frazionamento della pretesa e della riserva di azionare il residuo in un separato giudizio, dal momento che, invero, basterebbe dichiarare l'inammissibilità della seconda domanda per intervenuto giudicato sull'unico diritto di credito, in virtù della copertura dello stesso sul dedotto e deducibile. La preferenza per gli argomenti legati all'abuso del processo nasce, secondo Cariglia, dall'esigenza di riaffermare il valore pubblicistico del processo civile, eletto a «parametro di valutazione per risolvere l'annosa questione del rapporto tra oggetto del processo e principio dispositivo» (sull'abuso del processo non possiamo qui intrattenerci: v., su tutti F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, 85 ss.; 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.* 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 dottrinale v. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 349 ss.).

<sup>42</sup> Per tutti i riferimenti alle reazioni – in parte di condivisione e in altra parte di dissenso – della dottrina al *revirement* del 2007 e, in generale, sul tema in discussione, v. C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito*, cit., sul punto, 54 ss. L'A. evidenzia il punto maggiormente critico della pronuncia, che aveva sì qualificato il frazionamento del credito come abuso del processo «ostativo all'esame della domanda», ma non prendeva posizione «sul concreto atteggiarsi dell'affermata "ostatività" alla decisione di merito», cioè non chiariva se il giudice dovesse pronunciare un rigetto nel merito o in rito né quali «esatte conseguenze la pronuncia abbia in sede di riproponibilità della domanda, eventualmente non più confinata alla frazione di credito inizialmente fatta valere in modo considerato abusivo» (così letteralmente, in adesione ad Asprella, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 601). Secondo l'Autrice (cfr. 84-85; poi più avanti, 134 ss.) nessuna delle soluzioni prospettate 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 o l'addebito delle spese processuali alla parte pur vittoriosa che abbia però indebitamente frazionato la propria pretesa. «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 una modalità di azione giudiziale per nulla in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento ed anzi [...] da alcuni di essi addirittura sorretto»

Per quel che qui più ci interessa, la dottrina aveva criticato la incompletezza della pronuncia, per aver omesso una riflessione, che invece sarebbe stata necessaria, sulla frazionabilità delle voci di danno dell'unico credito risarcitorio<sup>43</sup>.

*3.3. (segue) un recente arresto della S.C. in punto di frazionabilità del credito risarcitorio (che ribadisce l'unicità del credito nascente dalla medesima vicenda sostanziale).*

Non si può dire che, dal 2007 ad oggi, la giurisprudenza di legittimità abbia chiarito definitivamente le condizioni di ammissibilità ed eventualmente i limiti del frazionamento del credito nascente dall'illecito; e, anzi, ci pare che il parametro introdotto dalle sezioni unite del 2017 sull'interesse al frazionamento oggettivamente valutabile abbia contribuito a creare qualche confusione.

Un recente pronunciamento di Cass. n. 17109 del 28 giugno 2018 ha inteso dare continuità all'orientamento delle sezioni unite del 2007<sup>44</sup>, nel senso di ribadire che il dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. e l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza devono ritenersi le solide basi dell'ordinamento, a cui i consociati devono attenersi non solo nell'ambito delle relazioni di carattere privatistico ma anche in quello collegato dei loro esiti nel processo<sup>45</sup>.

(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 abbiamo già tenuto conto, in special modo attraverso l'indagine di M. Marinelli): 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 – da cui ci pare che le ultime sezioni unite abbiano tratto ispirazione – 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.

<sup>43</sup> In tal senso si è espresso T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza*, cit., spec. 359-361, il quale sottolinea la mancanza di chiarezza sui criteri atti ad individuare l'unicità di un diritto, al di fuori dell'ipotesi più semplice di unico credito discendente dall'unico rapporto obbligatorio, quale può essere il prezzo della vendita. Peraltro, per quanto riguarda il contenuto concreto della pronuncia del giudice, l'A. sostiene che possa ritenersi ammissibile solo il rigetto della domanda proposta successivamente, poiché sanzionando con il rigetto (in rito presumibilmente, e per carenza dell'interesse ad agire, anche se la pronuncia non lo esplicita) 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>44</sup> Il cui principio era stato esteso anche ai crediti risarcitori ad opera di Cass. n. 28286 del 22 dicembre 2011, in *Foro it.* 10/2012, 2813 ss., con nota di A. GRAZIOSI, *Neppure i crediti risarcitori possono più essere frazionati giudizialmente*.

<sup>45</sup> In nota alla già citata pronuncia delle sezioni unite n. 23726/2007, M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.* 3/2008, 335 ss., rappresentava la sua preoccupazione in ordine alla 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.

Ciò premesso, ad avviso della richiamata sentenza, la separazione in distinte domande giudiziali delle diverse voci di danno inerenti allo stesso illecito eziologicamente riconducibile al medesimo fatto storico non può ritenersi confacente ai suddetti principi e, pertanto, la domanda frazionata (che, secondo noi, non può che essere la domanda ulteriore proposta successivamente<sup>46</sup>) deve essere rigettata.

Il rigetto, peraltro, nell'ottica dell'unicità del diritto risarcitorio, dovrebbe allora concretarsi in una pronuncia di rigetto in rito per la contestuale pendenza, dinanzi ad altro giudice, di causa avente ad oggetto lo stesso unitario credito risarcitorio o, ancora, per intervenuto giudicato sull'unico diritto risarcitorio, quando il primo giudizio si sia già concluso in via definitiva.

Invero, anche con riferimento ai crediti risarcitori, la giurisprudenza tace (o meglio, non si esprime in termini espliciti) sulla forma del rigetto, ove il giudice riscontri una condotta integrante "abuso del processo" *sub species* di frazionamento e continua a parlare genericamente di "improponibilità" della (ulteriore) domanda.

Del resto anche le sezioni unite del 2017, nell'enunciazione del principio di diritto, non hanno esplicitato quale debba essere l'esatto contenuto del provvedimento con cui il giudice respinge la domanda per il mancato riscontro di un apprezzabile interesse al frazionamento; vero è che nel corso dell'*iter* argomentativo, la S.C. ha specificato che «se l'interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta, è da ritenersi, nell'ottica di un esercizio responsabile del diritto di azione, che tale rapporto abbia ad oggetto anche le caratteristiche della suddetta tutela (ivi comprese la relativa "estensione" e le connesse modalità di intervento rispetto ad una più ampia vicenda sostanziale), con la conseguenza che l'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. investe non solo la domanda ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative "modalità" di proposizione».

Il riferimento all'interesse ad agire può farci ritenere che il supremo collegio abbia inteso ricondurre il rigetto della domanda per infrazionabilità (dei distinti crediti nascenti però dall'unico rapporto) all'art. 100 c.p.c. e dunque alla mancanza di interesse ad agire<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Concordiamo con i rilievi di T. DALLA MASSARA, *op. loc. ult. cit.*; conf. la pronuncia di Cass. n. 21318 del 21 ottobre 2015 (in *Italgjureweb*), richiamata dalla stessa sentenza del 2018 che stiamo analizzando, che aveva ritenuto «improponibile» la domanda di risarcimento del danno alla persona proposta dinanzi al tribunale dopo che l'attore aveva già instaurato, presso il giudice di pace, un giudizio risarcitorio riferito allo stesso illecito, al fine di ottenere il ristoro dei danni materiali.

<sup>47</sup> Come osserva C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 602, non viene detto espressamente, ma parrebbe proprio che, secondo le sezioni unite, la pronuncia di rigetto in rito nel caso di specie debba giustificarsi sulla base del mancato riscontro dell'interesse ad agire; in effetti tale conclusione è agilmente ricavabile dalle argomentazioni spese in sentenza. Sul punto, C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito*, cit., 83 ss., nell'ambito della critica rivolta alle prospettazioni tradizionalmente volte a giustificare l'infrazionabilità e le relative "sanzioni", si esprime in senso contrario anche verso la tesi del rigetto in rito della domanda frazionata per carenza dell'interesse ad agire, poiché non vede come lo strumento di cui all'art. 100 c.p.c. e – interpretato in senso tradizionale potrebbe servire a vagliare «la misura dell'intenzione che in concreto ha sorretto l'azione del creditore; ad esempio la volontà di adire un giudice inferiore, di sopportare minori costi processuali, di confidare nell'adempimento spontaneo del debitore rispetto al credito residuo. Se, pertanto, l'attore deduce, a fondamento della domanda frazionata, l'avvenuta violazione del proprio diritto sostanziale che, però, richiede in causa in parte e non per il tutto, non si vede come ciò possa escludere, per carenza di interesse ad agire, la necessità di una tutela giurisdizionale del diritto che si assume, per l'appunto, violato».

Torniamo alla pronuncia della terza sezione del 2018 e osserviamo che dopo la condivisione dei principi fondanti la pronuncia del 2007 – sulla base dei quali si ribadisce l'adesione alla tesi dell'unicità del diritto risarcitorio e così della impossibilità di frazionarne la tutela in distinte domande giudiziali – il collegio, in uno sforzo di coerenza nomofilattica, si è sentito in obbligo di fare propria la *regula iuris* affermata nel 2017.

Ricordiamo ancora una volta che quest'ultima sentenza aveva ad oggetto l'ipotesi di crediti distinti ma entrambi riconducibili allo stesso rapporto contrattuale di lavoro; già di per sé l'associazione tra il “rapporto” forzatamente instaurato tra le parti a seguito dell'illecito e il rapporto contrattuale ci sembra tuttavia impropria.

Per di più affermare che, in linea di principio, il danneggiato potrebbe avere un interesse a frazionare la propria pretesa, a patto che le decisioni sulle singole voci di danno non siano suscettibili di rientrare nello stesso perimetro oggettivo dell'unico giudicato o che non trovino fondamento nello stesso fatto costitutivo ci sembra contraddire in pieno la tesi dell'unicità del diritto risarcitorio.

Se questo viene considerato unico – come la sentenza in commento convintamente ribadisce – è indiscutibile che il giudicato pur intervenuto sulla singola voce di danno coprirà anche le altre, che potevano essere dedotte ad oggetto della domanda.

Sempre nell'ottica dell'unicità del credito risarcitorio, è altrettanto indiscutibile che il fatto costitutivo del diritto sia lo stesso e cioè il fatto illecito, rispetto al quale i singoli pregiudizi patiti sono appunto “voci” di liquidazione del *quantum*.

Non intravediamo alcuno spazio per l'operatività della regola sancita dalle sezioni unite del 2017, poiché in alcun caso potrebbe riscontrarsi un interesse oggettivamente apprezzabile al frazionamento della tutela che non si scontri con i parametri imposti dello stesso ambito di giudicato e del medesimo fatto costitutivo, rispetto ad un diritto che viene considerato unico.

A proposito di danno da perdita di *chance* abbiamo sopra illustrato che, nei casi in cui l'esistenza di una *chance* determini la configurabilità di un interesse autonomamente apprezzabile (e così suscettibile di essere autonomo oggetto di tutela), la relativa lesione provoca un pregiudizio che non può essere relegato allo *status* di mera voce di danno, ma può invece rappresentare la causa giustificatrice di un distinto diritto di credito risarcitorio.

Dunque – abbandonando il presupposto della unicità *tout court* del diritto risarcitorio e volendo ammettere, invece, la possibilità di riconoscere pretese distinguibili – i termini del modello proposto dalla decisione delle sezioni unite del 2017 dovrebbero indurre a ritenere che i due distinti diritti di credito, derivanti rispettivamente dal danno “principale” e dal danno da occasione perduta, ed entrambi discendenti dalla medesima vicenda sostanziale occasionata dallo stesso fatto storico, siano astrattamente azionabili in separati giudizi.

Ciò nondimeno il creditore sarebbe chiamato a rappresentare la propria esigenza di proporre due distinte domande giudiziali, poiché le *causae petendi* delle rispettive pretese sono parzialmente identiche, trovando origine nella stessa condotta lesiva.

Come già detto, la decisione del 2017 ha sì affermato che gli indici normativi dell'ordinamento processuale fanno propendere per l'affermazione, perlomeno in linea di principio, della possibilità di ripartire le pretese in più procedimenti; ma la stessa pronuncia ha altresì ricordato che altre norme del codice di rito sono chiaramente indirizzate a

promuovere lo svolgimento contestuale del giudizio e, ove possibile, la riunione delle cause inizialmente separate.

Dell'esigenza di evitare lo sperpero dell'attività istruttoria e decisoria si è fatta carico anche la stessa giurisprudenza di legittimità con quelle sentenze in materia di rilievo officioso della nullità del contratto e di domande "complanari"<sup>48</sup>, «nella consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda "esistenziale", sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla "giustizia" sostanziale della decisione (che può essere meglio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata), sulla durata ragionevole dei processi (in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti (in relazione al rischio di giudicati contrastanti)» (così le sezioni unite a p. 10).

Orbene proprio perché, a prescindere dall'adesione o meno alla tesi dell'unicità del diritto risarcitorio, il credito per il danno da perdita di *chance* nasce nell'ambito della stessa e unica "vicenda sostanziale" in cui si trova anche il credito risarcitorio principale, è ragionevole ritenere che – pur ammettendo in ipotesi la proponibilità separata di entrambe le domande – il creditore non avrebbe alcun interesse alla disgregazione di un processo che potrebbe utilmente svolgersi nella stessa sede, soprattutto in vista dell'attività istruttoria presumibilmente comune (anche solo in parte).

#### 4. Sull'allegazione dei fatti "costitutivi" della *chance* quali fatti secondari.

L'offesa azionata in giudizio non si identifica con la deduzione dell'interesse giuridico astrattamente inteso, ma con l'allegazione degli elementi di fatto in cui il pregiudizio si è concretizzato.

La fattispecie del diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance* si connota per un tratto distintivo (di notevole complicazione) rispetto alle ordinarie ipotesi di risarcimento del danno da lesione di un bene o interesse dai contorni predefiniti o, meglio, concretamente tangibili.

Infatti nel caso di una pretesa risarcitoria fondata sulla lamentata lesione dell'integrità psico-fisica, la deduzione di un determinato pregiudizio individua di per sé l'interesse leso (salute) e il tipo di danno da risarcire<sup>49</sup> (e non perché si tratti di un danno *in re ipsa*: l'attore dovrà sempre provare che il danno è stato cagionato dall'errore del medico). L'impalpabilità che invece contraddistingue il bene "*chance*" si riflette sulla strutturazione della domanda risarcitoria e sulla allegazione dei fatti fondanti la pretesa.

<sup>48</sup> Il riferimento è rispettivamente a Cass. SS.UU. nn. 26242 e 26243 del 2014, su cui v. C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto*, cit.; e Cass. SS.UU. n. 12310 del 2015, seguita poi da Cass. SS.UU. n. 22404 del 13 settembre 2018, sulle domande c.d. "complanari" su cui v. *infra* nel cap. III).

<sup>49</sup> Così R. BELLÈ, *op. ult. cit.*, 137 ss., riferendosi alle ipotesi di lesione degli interessi primari (come la salute o il rapporto parentale) nel senso di ritenere che si tratti di casi in cui il danno si identifica con la semplice allegazione dell'interesse leso, dovendo piuttosto essere la controparte a fornire la prova delle circostanze concrete per cui, nel caso di specie, la lesione di un interesse fondamentale non abbia arrecato effettivamente un pregiudizio a chi se ne duole.

L'allegazione del fatto costitutivo del diritto di credito risultante dalla combinazione tra la condotta lesiva e il pregiudizio subito è necessaria ai fini della formulazione di una domanda innanzitutto ammissibile ai sensi degli artt. 163 e 164 c.p.c.; ma non è sufficiente ad ottenere una pronuncia di accoglimento nel merito.

Abbiamo già notato che, qualunque sia la prospettiva accolta in ordine alla ricostruzione sistematica della *chance* – e, dunque, anche rifiutando in ogni caso la concezione della situazione giuridica soggettiva su un bene autonomo – l'attore dovrà avere cura di individuare gli elementi rappresentativi (o costitutivi che dir si voglia) della occasione perduta, poiché essi sono indispensabili tanto ai fini del riconoscimento della fondatezza della pretesa risarcitoria quanto ai fini della liquidazione del danno.

L'allegazione di tali elementi è indispensabile non solo quando la *chance* possa assumere le fattezze di un interesse protetto, ma anche quando, nell'ambito del giudizio risarcitorio che abbiamo più volte definito “principale” (*rectius*: unico, dal momento che qui la *chance* non è la situazione giuridica tutelata), la perdita di *chance* costituisca una delle conseguenze pregiudizievoli risarcibili, al pari di danno emergente e lucro cessante (e, tuttavia secondo noi, il lucro cessante assorbirebbe il rilievo della *chance*)

Se il diritto di credito risarcitorio per il danno da occasione perduta può essere riconosciuto esistente solo in quanto sia concretamente dimostrata l'esistenza della *chance*, potremmo dire che quegli elementi costitutivi del bene *chance* fungono da fatti “sub-costitutivi” del diritto dedotto in giudizio.

A voler essere più rigorosi dal punto di vista tecnico-giuridico, siamo dinanzi a fatti secondari e cioè a quelle circostanze di fatto che svolgono la funzione di elemento di partenza per la induzione che dà valenza alla prova argomentativa inferenziale (se si preferisce: fonte, di solito ma non necessariamente, di presunzione) della esistenza o inesistenza o del modo di essere di un fatto principale; là dove i fatti principali – costitutivi, modificativi o impeditivi – sono il presupposto per la determinazione degli effetti derivanti dall'applicazione della norma giuridica su cui il giudice fonderà la propria decisione<sup>50</sup>.

Concretamente la fondatezza della pretesa risarcitoria per la perdita *chance* di una più lunga sopravvivenza del malato mal curato dovrebbe essere provata innanzitutto (e

<sup>50</sup> Basti il richiamo a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 266, per la tradizionale distinzione 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 per il diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico»; 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, 74 ss., specie sul concetto di rilevanza giuridica del fatto, per cui «oggetto della decisione è il fatto che la norma definisce e qualifica come rilevante, ossia come punto di riferimento degli effetti che la norma stessa prevede. È la norma, in altri termini, che funziona come criterio di selezione, nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione»; e poi ancora, 97 ss., per la distinzione tra fatti principali e secondari, in virtù della quale i primi costituiscono la «ipotesi di decisione da verificare per mezzo delle prove» e gli altri, invece, sono quei fatti che «non ricevono alcuna qualificazione giuridica. Essi acquistano significato nel processo soltanto in quanto se ne possa trarre qualche argomento intorno alla verità o falsità di un enunciato vertente su un fatto principale»; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 350 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, 106; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014, spec. 408; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, spec. 121.



imprescindibilmente) tramite la prova della causazione del danno ad opera della condotta colpevole del sanitario, la cui opera diligente avrebbe diversamente consentito un probabile aumento dell'aspettativa di vita (seppure non la guarigione).

Al fine di corroborare l'efficacia probatoria dei fatti principali sul convincimento del giudice, l'attore può opportunamente allegare, come fatti secondari, una serie di elementi, i quali avrebbero la sola funzione strumentale di meglio precisare il modo di essere dei fatti principali.

Concretamente intendiamo dire che, siccome la *chance* ormai sacrificata appartiene ad una dimensione ipotetica del passato e dunque irreparabilmente incerta, la semplice affermazione, ma anche la prova del pregiudizio subito a causa dell'errore o ritardo diagnostico, in termini di perdita di *chance* di sopravvivere più a lungo o di vivere meglio l'ultimo periodo della vita non sono sufficienti a provare la fondatezza della pretesa.

Diversamente, se l'attore riesce a circostanziare con quanti più elementi fattuali possibili il pregiudizio subito, anche ai fini della determinazione dell'entità del ristoro da liquidare, adducendo una serie di fatti – che, per noi, non sono fatti principali se partiamo dal presupposto che questi ultimi sono i fatti costitutivi del diritto e, dunque, nella sostanza il fatto illecito, il danno subito e il loro collegamento causale – il giudice avrà tutti gli elementi necessari a dichiarare o meno la fondatezza della domanda.

Qualche esempio ci è utile a chiarire il nostro discorso. Gli eredi del nostro paziente, vittima del colpevole ritardo diagnostico, potrebbero allegare, a sostegno della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza, alcuni fatti (che, in verità, sono piuttosto delle circostanze ipotetiche o presunte).

Così il soggetto avrebbe forse vissuto gli ultimi mesi di vita più serenamente se avesse avuto il tempo di prepararsi psicologicamente o avrebbe potuto consentire ai familiari (magari molto lontani perché residenti all'estero) di organizzare tempestivamente un'assistenza adeguata; venendo a conoscenza della patologia letale, avrebbe potuto decidere di rivolgersi ad altri specialisti; oppure, si potrebbe riuscire a dimostrare che, data la giovane età del paziente e la presumibilmente migliore capacità di reazione alle cure, la diagnosi tempestiva avrebbe potuto consentire di vivere addirittura più a lungo della media.

Tradizionalmente gli Autori distinguono i fatti principali da quelli secondari con riguardo all'onere di allegazione: mentre i primi sono rimessi al monopolio della parte, in quanto delimitano l'oggetto del contendere e incidono, dunque, sulla situazione sostanziale controversa, i fatti secondari, invece, possono essere rilevati *ex actis* dal giudice<sup>51</sup> (stante la loro funzione meramente strumentale), anche se non esplicitamente allegati, purché emergano in qualche modo dalle risultanze del contraddittorio (in quanto dedotti implicitamente dalla parte interessata o per iniziativa della parte non onerata o più spesso

<sup>51</sup> Sul punto D. BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 122 e poi ancora 129 ss., discute l'opinione autorevolmente espressa da M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 342 ss., secondo cui il giudice può 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. Buoncristiani critica questa conclusione, considerando che «urta contro fondamentali ed indiscussi principi di civiltà giuridica, quali l'imparzialità, la neutralità, l'equidistanza del giudice rispetto alle parti».

per l'andamento delle testimonianze o di una c.t.u., quest'ultima si davvero incidente nelle controversie sulla responsabilità del medico o della struttura)<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> 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; partendo dal presupposto che l'allegazione costituisce «elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale», secondo M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, I, cit., 340, 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); in tal senso anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 23 ss. e ancora 88 ss.; S. PATTI, *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, (a cura di), 15, riconosce che 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; G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, spec. 610-612, osserva – sebbene con qualche perplessità – che, in effetti, «la limitazione ai soli fatti principali del principio dispositivo è coerente con l'impostazione di chi giustifica tale potere esclusivamente con l'esigenza di riconoscere alle parti, anche in occasione del processo, una sfera d'autonomia per gli atti che direttamente incidono sul diritto sostanziale azionato»; ID., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, 2175 ss., spec. par. 3, aveva già sottolineato la difficoltà di fornire una risposta univoca al problema dell'onere di allegazione (anche) dei fatti secondari, rilevando che solo la funzione dei fatti principali non può assolutamente tollerare interventi officiosi del giudice e che, in ogni caso, ove le parti non abbiano allegato fatti secondari utili per la decisione (ma invero pure fatti principali), il giudice potrebbe comunque ottenerne l'acquisizione mediante un accorto uso dell'interrogatorio delle parti ai fini della chiarificazione; parrebbe contrario B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 111, 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. Si tratta, del resto, di una soluzione imposta dalla convivenza del principio dispositivo con quello di acquisizione processuale, che del primo costituisce il temperamento. Oltre all'incidenza del principio di acquisizione, deve pure considerarsi che il “fondamento” del principio dispositivo risiede nel principio di imparzialità del giudice, come osservava E. T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in Id., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 3 ss. È in polemica con tale interpretazione del principio dispositivo M. TARUFFO, *comm. sub art. 115 c.p.c.*, in A. CARRATTA e M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2011, 449 ss., il quale osserva che la lettera dell'art. 115, nel porre a fondamento della decisione del giudice le prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, «non dice che il giudice deve fondare la decisione soltanto su queste prove». Si segnala peraltro il ricco contributo di G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.* 3/2012, 1142 ss., spec. 1160 ss., il quale riporta come i due orientamenti tradizionalmente opposti – e rispettivamente attribuiti a Benvenuti e a Migliorini – siano, da un lato, quello che impone alle parti l'onere di allegazione anche dei fatti secondari e, dall'altro, quello che, invece, consente la conoscibilità officiosa di quei fatti da parte del giudice. Il recente lavoro di L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, ha dimostrato, secondo Tropea, che le opinioni dei due Maestri non erano così distanti e che, in fondo, il processo amministrativo resta imperniato sulla vigenza del principio dispositivo con metodo acquisitivo. La migliore dottrina amministrativistica, peraltro (cfr. i riferimenti di p. 1161, nota n. 53) ritiene che spetti alle parti allegare tutti i fatti, compresi quelli secondari.

Pure su questo punto le peculiarità della *chance* fanno avvertire il loro peso: i fatti secondari qui assolvono una doppia funzione: nel definire il “modo di essere” dei fatti principali, essi consegnano alla realtà quella entità astratta che è la *chance*, ne definiscono i contorni, anticipano la fondamentale risposta al problema (che subentra solo in un secondo momento in giudizio) della liquidazione del *quantum*, che in pratica non farà altro che riflettere il grado di convincimento del giudice sull’esistenza e sul valore della occasione (prima che diventasse) perduta.

Per tale motivo riteniamo che colui che agisce per il risarcimento del danno da perdita di *chance* non possa essere esonerato dall’allegazione di quei fatti indispensabili a sostanziare l’occasione perduta, neppure quando questi fatti (o alcuni di essi) potrebbero essere considerati alla stregua di fatti notori, quali «nozioni di fatto rientrati nella comune esperienza».

La dottrina è concorde nel ritenere che i fatti notori debbano essere sottratti all’onere della prova, ma non anche al diverso onere di allegazione, solo quando essi sostanziano un fatto principale o c.d. “giuridico”<sup>53</sup>.

Sebbene condividiamo tale conclusione a livello generale, con riferimento alla fattispecie della perdita di *chance*, reputiamo che i fatti secondari che concorrono a formalizzare l’esistenza di una occasione di profitto – che, a sua volta, conferisce sostanza al fatto principale costitutivo della sopportazione di un danno e del conseguente diritto al risarcimento – debbano essere espressamente allegati, anche quando notori.

Per meglio intenderci, pure quando tali fatti appartengono alla conoscenza comune e non abbisognano di enunciazioni, ciò che va allegato è in ogni caso la correlazione causale tra quel fatto e la presunta *chance* del caso concreto.

Un esempio può forse aiutare: che la conoscenza di una o più lingue straniere sia d’oggi una ragione di vantaggio e di preferenza rispetto ad altri concorrenti può ben dirsi “fatto notorio”; ma l’attore non può aspettarsi che il giudice, una volta avvedutosi di tale circostanza, possa pure – senza alcuna allegazione – considerare in che modo e a quali condizioni quella circostanza avrebbe contribuito alla sostanziazione della *chance* di successo in un certo concorso.

In altre parole, i fatti secondari (che ci azzardiamo a ritenere quasi “principali” per la loro incidenza sul responso del giudice) volti a provare l’esistenza o il modo di essere della *chance* non potranno essere tenuti in considerazione dal giudice e posti a fondamento della propria decisione, se non specificamente ed espressamente allegati<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Così V. DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1/1947, 265 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 137; L. P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 107; dello stesso avviso S. PATTI, *Prove*, cit., 17, il quale rileva che tale conclusione si pone in linea con il principio secondo cui la parte è tenuta a formulare «i fatti indispensabili per l’identificazione della ragione sostenuta in giudizio. Da ciò consegue che i fatti su cui basa il diritto devono essere sempre enunciati dalla parte, anche se si tratta di fatti notori, perché alla parte spetta dichiarare se intende utilizzare i loro effetti giuridici».

<sup>54</sup> Non siamo d’accordo, almeno per quanto riguarda l’ipotesi particolare della perdita di *chance*, con S. PATTI, *op. ult. cit.*, 16 e 18, ove sostiene che «i fatti presunti devono essere allegati», ma non anche i fatti che rilevano come «indizio di un altro fatto che la parte vuole fare valere, o come argomento di prova [...] ai fini della valutazione delle prove».

Concretamente la parte è tenuta ad allegare tutti gli elementi idonei a confermare la sussistenza della *chance*, non potendo limitare tale allegazione alla astratta affermazione della titolarità di una posizione di vantaggio potenzialmente idonea all'acquisizione di un risultato positivo, ma dovrà piuttosto introdurre in giudizio i presupposti fattuali da cui desumere l'esistenza della *chance*; senza potere accontentarsi della enunciazione generica di fatti o circostanze della vita, bensì spingendosi sino alla rappresentazione dell'ipotetica relazione causale che – qualora non fosse occorso l'illecito fonte di danno – avrebbe potuto condurre alla realizzazione del risultato agognato.

Il che non equivale a dire che l'attore sia onerato della prova della circostanza che l'obiettivo sarebbe stato senz'altro raggiunto. Intendiamo sostenere che l'attività di allegazione richiesta all'attore debba riuscire nel non facile compito di “fotografare” la realtà precedente all'illecito e mettere il giudice nella condizione di percepire in modo palpabile la robustezza di quella potenzialità stroncata sul nascere, ma che si sarebbe probabilmente (non importa se sì o no) sviluppata.

#### *4.1. Il funzionamento della prova presuntiva della perdita di chance.*

Si può proseguire nella nostra analisi, osservando forse banalmente, che l'esistenza della *chance* è un fatto privo di connotazione materiale: non è un evento del mondo fisico o un comportamento che si traduce in effetti concreti, di talché il giudice potrà apprezzarlo solo tramite tecniche di ricostruzione indiretta e cioè attraverso la prova inferenziale o per presunzioni, in cui dagli unici fatti materiali noti si fa derivare l'esistenza del fatto ignoto che s'intende provare<sup>55</sup>.

Il giudice dovrà valutare «il grado di attendibilità che la prova attribuisce all'affermazione dell'esistenza del fatto secondario», nonché «il grado di attendibilità dell'inferenza che si fonda sulla premessa costituita da questa affermazione», nel senso che il giudice – dopo essersi convinto che un certo fatto secondario possa essere presupposto come “vero” – dovrà valutare se da quel fatto secondario possano farsi derivare inferenze ragionevoli sull'esistenza del fatto principale oggetto del *thema probandum*.

<sup>55</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 141, che si pone il problema della prova dei fatti non materiali rispetto ai c.d. fatti psichici, «che appartengono alla sfera psicologica, sentimentale o volitiva di determinati soggetti, e consistono di sentimenti, valutazioni atteggiamenti, preferenze, intenzioni o volontà»; basti pensare, in effetti, alle nozioni di dolo e colpa per apprezzare intuitivamente cosa sia un fatto psichico e, per certi versi, la *chance* potrebbe rientrare in tale categoria, se la si considera come potenzialità rimasta inespressa, simbolo delle aspirazioni personali e/o professionali della persona. Tuttavia essa appare, a sua volta, come il precipitato di una serie di fatti e circostanze, questi sì tangibili, che la “materializzano” e ne giustificano la pretesa titolarità da parte del soggetto interessato. Per esemplificare, il candidato che assume di aver perso l'occasione di partecipare ad una procedura selettiva e così di aggiudicarsi una delle posizioni messe a bando presuppone a fondamento della propria domanda di risarcimento una occasione di successo che, di per sé considerata, non riesce a giustificare l'accesso alla tutela giurisdizionale, poiché non trova alcun appiglio nella realtà concreta. Se, però, il candidato volesse sostanziare la *chance*, fornendo prova dei suoi titoli di studio, degli attestati che certificano un certo livello di conoscenza della lingua straniera, l'eventuale possesso di titoli di preferenza stabiliti dalla legge, la precedente esperienza lavorativa maturata nello stesso settore che gli avrebbe consentito di sostenere egregiamente un colloquio... ecco che, da fatto psicologico, la *chance* diventerebbe un fatto concreto e oggettivamente apprezzabile.

La verifica dell'ipotesi di esistenza del fatto principale richiesta dall'attore avrà esito tanto positivo quanto più sicuro e preciso sarà il criterio adoperato per instaurare un collegamento tra il fatto secondario e quello principale<sup>56</sup>.

Peraltro l'operazione logico-induttiva potrebbe subire qualche complicazione qualora l'elemento di conferma da cui inferire la verifica dell'ipotesi sul fatto principale derivi, a sua volta, da una catena di passaggi inferenziali, nell'ambito della quale ciascun elemento è un fatto a sua volta secondario<sup>57</sup>: non è difficile immaginare la vicenda di un paziente, la cui *chance* di sopravvivenza sia stata ridotta dall'errore medico, rispetto al quale il congiunto che agisce in giudizio per il risarcimento del danno intenda dimostrare il progetto (che sarebbe stato) imminente di avere dei figli o di intraprendere un nuovo e più redditizio percorso professionale, attraverso fatti, dichiarazioni o circostanze a loro volta presunti da altre circostanze fattuali (peraltro sembra che tali circostanze rilevino, piuttosto che in punto di riconoscimento dell'esistenza di una *chance*, in ordine alla determinazione del valore della *chance* stessa e, così in ultima analisi, alla fissazione del *quantum* da risarcire)<sup>58</sup>.

Si tratta di un'operazione delicata, in cui la parte è chiamata a fornire gli elementi necessari ad apprezzare il contenuto della *chance* perduta che, da situazione giuridica astrattamente tutelabile (perlomeno nel caso della responsabilità medica), deve essere calata nel processo, dove i passaggi del ragionamento inferenziale descritto consentono al giudice di raffigurarsi

<sup>56</sup> Sono i rilievi di M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 241 ss. [per un aggiornamento sulle riflessioni dell'A., v. anche *La prova nel processo civile*, in A. CICU, G. MESSINEO e L. MENGONI (già diretto da) e P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 220 ss., ove richiama il concetto di “*warrant*” come connessione tra un'affermazione inizialmente ipotetica e le prove che ne confermano la veridicità] il quale osserva che, in genere, tale criterio di collegamento di tipo inferenziale è costituito dalle nozioni di “senso comune” o di “comune esperienza”, che rappresentano il repertorio a cui il giudice normalmente attinge per la valutazione delle prove (sulle massime d'esperienza v. G.F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1095 ss.). Più avanti l'A., nell'interessante capitolo dedicato al “Lessico delle prove”, ribadisce come debba essere impostata la distinzione tra prova diretta e indiretta (cfr. 426 ss.). Innanzitutto, a suo avviso, deve essere messo da parte l'equivoco ingenerato dalla trasposizione in Italia della dottrina tedesca della fine dell'Ottocento, essenzialmente per il tramite dell'opera di F. CARNELUTTI, *La prova civile* (che noi consultiamo nella ed. con prefazione di V. Denti, Milano, 1992, sul punto 54 ss.) il quale aveva scelto di far leva sul concetto (vago e atecnico a detta di Taruffo) di “percezione” del giudice, distinguendo così i documenti e la testimonianza come prove dirette, dalle presunzioni e indizi come prove indirette (invero, proprio assumendo come riferimento il criterio della diretta percezione, nemmeno il documento e la testimonianza sarebbero prove dirette, ma lo sarebbe soltanto l'ispezione giudiziale). Più correttamente, secondo Taruffo, «da prova potrà definirsi come diretta o indiretta a seconda del rapporto che si pone tra il fatto da provare e l'oggetto della prova (o meglio: tra i fatti che sono asseriti nelle due enunciazioni). Si ha prova diretta quando le due enunciazioni hanno ad oggetto lo stesso fatto, ossia quando la prova verte sul fatto principale. [...] Si avrà invece prova indiretta quando questa situazione non si verifica, ossia quando l'oggetto della prova sia costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione»

<sup>57</sup> M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 248 ss., parla a tal proposito di «*cascaded evidences*», il cui schema individua un metodo valido per attribuire un grado di conferma all'ipotesi sul fatto principale solo se «nessuna inferenza della catena abbia un margine di dubbio tale da rendere irragionevole l'assunzione della sua conclusione come ipotesi “vera” sul fatto intermedio».

<sup>58</sup> Certamente si dovranno escludere dall'esempio appena proposto quelle ipotesi in cui la *chance* di sopravvivenza fosse comunque esigua (dove il parametro dell'esiguità dovrà essere, di volta in volta, definito dal giudice, ma riteniamo – non senza qualche dubbio – possa corrispondere a poche settimane o pochi mesi di vita).

la dimensione alternativa, appartenente al passato e non più realizzabile, e a cui si avrebbe potuto assistere se la *chance* di sopravvivenza fosse stata preservata.

Solo così la valutazione del pregiudizio arrecato e la sua liquidazione (equitativa) saranno materialmente possibili.

Il ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere è, dunque, tipicamente presuntivo, in quanto è affidata al suo prudente apprezzamento l'opera di "estrazione" delle conseguenze «tratte da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto», come recita l'art. 2727 c.c.<sup>59</sup>; ove il fatto noto – che abbiamo definito secondario – è l'indizio<sup>60</sup> da cui desumere il fatto principale della esistenza della *chance*.

Il fatto noto, a sua volta, non può derivare da un'altra inferenza presuntiva, ma dovrebbe essere dimostrato con prove diverse dalle presunzioni o percepito direttamente dal giudice, in virtù della regola per cui *praesumptum de praesumpto non admittitur*.

Tale regola «si fonda probabilmente sull'esigenza di evitare che la prova del fatto ignorato derivi da una concatenazione di inferenze che finirebbe con l'indebolire la presunzione finale

<sup>59</sup> Non prenderemo qui in considerazione le presunzioni legali che, sempre ai sensi dell'art. 2727 c.c. sono le conseguenze che la legge, non il giudice, trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto e si dividono in assolute – quando non ammettono alcuna prova contraria – e relative – che, ammettendo la prova contraria, realizzano un ribaltamento dell'onere probatorio. Solo le presunzioni semplici possono essere trattate come mezzo di prova: v., su tutti e ampiamente per i riferimenti bibliografici, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 645 ss. che le qualifica per la precisione come prove costitutive, dato che si formano nel processo e non preesistono ad esso. In generale, l'A. osserva che il concetto tecnico di presunzione, espresso dalla «formula un poco ellittica e contratta dell'art. 2727», compendia in sé «sia la dinamica ed il metodo inferenziale su cui si fonda il *mezzo di prova* (cioè, l'*attività* del "presumere" dall'esistenza del fatto A la probabile esistenza del fatto B), sia la *prova* come elemento conclusivo dell'argomentazione inferenziale (vale a dire, la "conseguenza", ovvero ciò che viene dato per *presunto*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, con una ragionevole "certezza" probabilistica, senza bisogno di farne oggetto di alcuna prova *ad hoc*: la sussistenza del fatto B)» (649).

<sup>60</sup> L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 659-660, spec. per le sentenze citate in nota n. 50, segnala l'interpretazione errata del concetto di indizio da parte della giurisprudenza, che, con una inaccettabile confusione derivante con ogni probabilità dal processo penale, tendeva a sovrapporre indistintamente l'indizio alla presunzione, attribuendo (altrettanto erroneamente) al primo una efficacia inferenziale di rango inferiore rispetto alla seconda. Così non è, poiché l'indizio è proprio quel fatto noto, essenzialmente atipico, che costituisce il «presupposto di avvio dell'argomentazione presuntiva» o la «fonte della presunzione in sé», come avevano già correttamente concluso G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 853 e F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., spec. 171, il quale in particolare chiarisce che si deve considerare l'indizio tanto nella sua «attitudine passiva di fatto che deve essere provato (tema di prova), e nella sua attitudine attiva, di fatto che serve a provarne un altro (fonte di prova)». In difesa della giurisprudenza di legittimità, dobbiamo osservare che le più recenti sentenze sembrano aver fatto chiarezza sulla distinzione tra indizio e presunzione: a titolo esemplificativo, Cass. n. 2482 del 29 gennaio 2019, in tema di prova per presunzioni della simulazione assoluta del contratto, ha affermato chiaramente che l'art. 2729 c.c. «impone al giudice di compiere l'inferenza logica dal fatto secondario (fatto noto) al fatto principale (fatto ignoto) sulla base di una regola d'esperienza che egli deve ricavare dal *sensus communis*, dalla conoscenza dell'uomo medio, dal sapere collettivo della comunità sociale in quel dato momento storico. Grazie alla regola d'esperienza adottata, è possibile per il giudice concludere che l'esistenza del fatto secondario (indizio) deponga, con un grado di probabilità più o meno alto, per l'esistenza del fatto principale». Parimenti Cass. n. 9059 del 12 aprile 2018, in un caso di responsabilità dell'insegnante, dimostra di tenere bene a mente in che rapporto si trovino la prova presuntiva e i suoi indizi, quando scrive che il giudice deve valutare analiticamente i singoli elementi indiziari per scartare quelli privi di intrinseca rilevanza e per procedere poi alla valutazione complessiva di tutti gli indizi dotati di una certa efficacia probatoria, i quali appunto congiuntamente siano in grado di fornire una valida prova presuntiva.

relativa al fatto ignorato, rendendola inadeguata a fornire la conferma probatoria di tale fatto»<sup>61</sup>, ma non è consacrata in alcuna disposizione di legge<sup>62</sup>.

Nondimeno, si può ragionare diversamente e considerare che il giudice si trova dinanzi ad una catena lineare di fatti, ciascuno dei quali rappresenta la premessa a partire dalla quale inferire l'altro, fino ad arrivare al fatto ignorato "principale", attraverso una serie di inferenze, purché tutte supportate dai criteri di precisione e gravità.

Possiamo pensare di ammettere tale possibilità se si osserva che, in materia di perdita di *chance*, non è peregrina l'ipotesi in cui lo stesso fatto posto a base della dimostrazione inferenziale del fatto principale debba derivare la propria efficacia probatoria a partire da un altro indizio o fatto noto<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Come osserva M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 1101 ss., spec. 1113 ss. Secondo l'A., tuttavia, l'intuizione che sta alla base di tale regola – e cioè che, nell'ambito di una concatenazione di inferenze, quella successiva sarebbe inevitabilmente più debole della precedente – deriva dal collegamento con il calcolo della probabilità quantitativa, ma rischia di essere fuorviante. Nel caso delle presunzioni di secondo grado, però, non si applica il principio della moltiplicazione delle probabilità, che viene adoperato nella diversa ipotesi in cui si tratta di stabilire il grado di probabilità che due circostanze ricorrano nella stessa situazione.

<sup>62</sup> Come notava già C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, V, III ed., Torino, 1927, spec. 332, i fautori della massima muovono dall'erronea considerazione secondo cui «la presunzione è meno efficace della prova». Ci fa piacere segnalare che il 24 e il 25 ottobre 2019 si sono svolte, presso il Consiglio Superiore della Magistratura, due giornate di studi dedicate al ricordo di Carlo Lessona, nel centenario della morte e aventi ad oggetto "Il sistema delle prove civili e penali tra la disciplina tradizionale e le istanze di rinnovamento" (tutte le relazioni degli interventi possono essere ascoltate o lette sul sito di radio radicale, del cui utile servizio pubblico abbiamo ancora la fortuna di poter usufruire). In quest'occasione il prof. C. Consolo, nella sua relazione sulla attualità del Trattato delle prove, ci ha ricordato che nell'arco di tempo in cui erano già state pubblicate le prime due edizioni del trattato in ben cinque volumi (la terza edizione del 1927 sarà quella famosa anche per la prefazione di G. Chiovenda), F. Carnelutti, scriveva, nell'estate del 1914, il suo volume su *La prova civile*, opera molto diversa (già a partire dallo stile linguistico, ma soprattutto nel metodo) da quella del Lessona, in quanto abbeveratasi della dottrina postpandettista, a testimonianza dell'eredità ricevuta da Carnelutti da parte del suo Maestro, Vittorio Polacco.

<sup>63</sup> Troviamo conforto nelle osservazioni di M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 115 (già espresse in ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 444 ss.) il quale sostiene che «non vi è ragione per escludere *a priori* che sia logicamente lecito *praesumere de praesumpto*», a patto che ogni singola inferenza presuntiva abbia una gravità sufficiente a fornire la prova del fatto. Secondo noi convincentemente, l'A. ci fa notare che se tale operazione è considerata efficace al fine di stabilire la verità del fatto ignorato quando questo è un fatto principale, non si vede perché non si possa agire allo stesso modo quando il fatto ignorato è un fatto secondario. L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 670, rileva invece che, se il comune denominatore è il «presupposto di (relativa) certezza del fatto indiziante (o del "fatto noto")», che, nello sviluppo dinamico dell'argomentazione, viene drasticamente a limitare ad *un solo* "passaggio" inferenziale la validità del risultato acquisito in via induttiva [...] Quel presupposto, logicamente, finisce col rendere inammissibile le c.d. *presunzioni di 2° grado*, in cui si pretenda di trarre un'inferenza da un'altra». In tal senso si era espresso già V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 1966, 766 ss., spec. 770, il quale osservava come la ragione di fondo del divieto di trarre una presunzione da altra presunzione si rinvenisse nel rispetto del principio del contraddittorio. Invero ci sia consentito osservare – non senza un certo timore reverenziale nei confronti del pensiero di un autorevole studioso, ma sempre confortati dalle riflessioni altrettanto autorevoli di Taruffo – che i criteri di gravità, precisione e concordanza che il giudice è chiamato a rispettare ci paiono una garanzia sufficiente ad impedire un abuso del meccanismo logico inferenziale. Del resto se tutti i fatti da cui la parte pretende desumere la prova presuntiva del fatto principale sono espressamente allegati, la controparte potrà del tutto

Sappiamo che l'art. 2729 c.c. impartisce dei limiti al libero apprezzamento del giudice, imponendogli di verificare la sussistenza di alcune condizioni di efficacia probatoria delle presunzioni, che rispondono ai requisiti di gravità, precisione e concordanza.

La gravità rappresenta la “forza” dell’inferenza, cioè il grado di conferma che essa attribuisce alla conclusione relativa all’enunciato che si intende verificare; è grave la presunzione quando all’inferenza si può attribuire un grado di attendibilità tale da poter ragionevolmente fondare il giudizio di verosimiglianza del *factum probandum*<sup>64</sup>.

A completamento della gravità come «predicato funzionale dell’inferenza»<sup>65</sup>, il codice civile prescrive il requisito della precisione, tradizionalmente interpretato con riferimento alla categoria della “univocità”, nella misura in cui l’inferenza presuntiva consenta di instaurare una relazione esclusiva con il fatto da provare e non con altri fatti<sup>66</sup>.

Pare abbastanza chiaro che l’ultimo criterio, ossia quello della concordanza, indichi la necessità di una compresenza di più inferenze presuntive convergenti verso la stessa conclusione, così come non sembra indispensabile che tutte le inferenze confermino la stessa ipotesi, essendo invece sufficiente la concordanza di alcune di esse<sup>67</sup> (a patto di dimostrare che il collegamento tra le inferenze prescelte sia più convincente di un altro che si era profilato).

legittimamente contestarli e contestare, in special modo, la loro idoneità ad essere assurti a fatti noti o indizi. Sappiamo che la giurisprudenza – che lo stesso Andrioli aveva definito «gelosissima custode» del divieto di *praesumere de praesumpto* – riafferma ancora oggi e all’unanimità il principio: cfr., *ex multis*, le recenti decisioni di Cass. n. 1278 del 18 gennaio 2019; Cass. n. 17421 del 28 giugno 2019, reperibili su *Italgiureweb*.

<sup>64</sup> V. M. DE MARIA, *comm. sub art. 2729 c.c.*, in P. SCHLESINGER (fondato e già diretto da) e F.D. BUSNELLI (continuato da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2014, spec. 116 ss., riporta i termini del dibattito giurisprudenziale riguardo al grado di certezza che l’inferenza presuntiva deve avere che, in passato, si faceva coincidere con i concetti di verità e certezza derivanti dalle leggi scientifiche; una volta sfatato il mito del perseguimento di una verità assoluta, la giurisprudenza ha mitigato la propria impostazione, abbracciando l’idea di “accontentarsi” di un accettabile grado di verosimiglianza, come, del resto, è accaduto in materia di prova del nesso causale. Inoltre come osservato da S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 863, e, sulla scia, da S. PATTI, *comm. sub art. 2729 c.c.*, in F. GALGANO (diretto da), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001, spec. 130, la gravità della presunzione non deve essere valutata in assoluto, ma comunque in relazione al contesto probatorio.

<sup>65</sup> Così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 671.

<sup>66</sup> V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 446-447; ID., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83 ss. spec. 99, ove l’A. sottolinea il significato di «univocità pratica» che l’inferenza precisa deve assumere, cioè quando essa possiede un grado prevalente di conferma all’ipotesi sul fatto da provare e, dunque, «tra le varie conclusioni che si possono trarre dal “fatto noto”, la più probabile è quella che conferma l’ipotesi sul fatto da provare».

<sup>67</sup> Sebbene, come rileva M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 448-451, la definizione del significato del requisito della “concordanza” sia più problematico di quanto possa credersi, se si pensa che potrebbe presentarsi la situazione in cui, a fronte di più inferenze probatorie, risultino confermate diverse e contraddittorie ipotesi sul fatto principale, perché si creano due o più nuclei di inferenze probatorie tra loro concordanti.



A dispetto di ciò, la giurisprudenza ha sempre ridimensionato la rilevanza di questo criterio, affermando che anche una sola presunzione (*recte*: ragionamento presuntivo), purché grave e precisa, potrebbe da sola fondare il convincimento del giudice<sup>68</sup>.

Se – come è, secondo noi, più corretto ritenere – i requisiti di gravità, precisione e concordanza devono caratterizzare non tanto l'indizio, quanto piuttosto l'inferenza presuntiva, e cioè il ragionamento attraverso cui si collega l'indizio con l'ipotesi sottoposta

<sup>68</sup> È critico rispetto a tale attitudine della giurisprudenza, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 673, perché ammettere che la presunzione possa fondarsi su un solo indizio o fatto noto implica la concessione al giudice di una discrezionalità troppo ampia; diversamente, M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*, come già accennato, ritiene che sia doveroso pretendere la convergenza di più inferenze presuntive quando nessuna di esse sia così “grave” da poter costituire il fondamento esclusivo della ipotesi sul fatto da provare; ma quando, tra le diverse inferenze presuntive, il giudice riconosca ad una di esse un elevato grado di gravità, la concordanza con le altre potrebbe non essere necessaria. Di conseguenza, l'A. ammette altresì che la singola inferenza presuntiva possa da sola fondare la prova presuntiva, per quanto non biasimi l'atteggiamento diffidente verso una lettura ampia dell'art. 2729 c.c., la quale però – se può essere esclusa sulla base di ragioni di politica del diritto – non è razionalmente contestabile. In tal senso si era espresso già C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, V, cit., spec. 323 ss., il quale ridimensionava in fondo la problematicità della questione, scrivendo in proposito: «è poi chiaro che la legge indicò la concordanza, riferendosi all'ipotesi normale che è quella del concorso di più presunzioni. E sarebbe ridicolo costringere il giudice, il quale è convinto da una sola presunzione grave e precisa, a sdoppiarla in due presunzioni, il che [...] è sempre possibile perché una sola presunzione ne produce in realtà parecchie secondo i diversi aspetti sotto i quali la si considera. Non occorre neppure un grande sforzo di ragionamento, né una sottile fecondità di discussione per moltiplicare le presunzioni che nascono da un fatto noto in proporzione dei rapporti che la mente può cogliere fra il fatto noto e quello ignoto».

Si osservi che la giurisprudenza – discostandosi dalla dottrina maggioritaria – si avvale della stessa logica con riferimento all'efficacia probatoria dell'argomento di prova *ex art. 116 co. 2 c.p.c.*, per affermarne l'idoneità a costituire il fondamento esclusivo della decisione: v., fra le tante, Cass. n. 10268 del 16 luglio 2002; Cass. n. 14748 del 26 giugno 2007. È noto che, invece, la dottrina maggioritaria considera l'argomento di prova come *probatio inferior*, addirittura rispetto alla presunzione semplice, in virtù della presunta “inadeguatezza strutturale” a fondare la decisione in via esclusiva, potendo servire esclusivamente alla valutazione delle altre prove (così L. MONTESANO, *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1980, 236 ss.; G. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1043 ss.; M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.). Degna di nota e, secondo noi, di condivisione, è la tesi contraria di G. RUFFINI, “Argomenti di prova” e “fondamento della decisione” del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2004, 1329 ss., il quale ha ricostruito con estremo rigore sistematico il dettato dell'art. 2727 c.c., sottolineando che in tale norma manchi un riferimento espresso a quali debbano essere i fatti noti che il giudice o la legge considerano per risalire al fatto ignoto. A fornirci un'indicazione al riguardo è l'art. 115 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 116: salvo che nei «casi previsti dalla legge», il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove delle parti e del pubblico ministero, nonché i fatti notori e i fatti non contestati. L'art. 116 co. 2 prescrive appunto l'autorizzazione a fondare la decisione su fonti informative diverse dalle prove e non costituisce violazione del divieto di *praesumere de praesumpto* perché il giudice ricava l'indizio direttamente dal contegno processuale della parte, senza l'intermediazione del ragionamento inferenziale (in senso analogo, M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., 1118, il quale, come visto poc'anzi, rinnega l'assolutezza del divieto, ammettendo la possibilità logica che una singola inferenza possa fondare la prova presuntiva; peraltro, pure volendo rispettare il divieto, questo non avrebbe nulla a che vedere con l'efficacia probatoria degli argomenti di prova).

a verifica unitamente al risultato dell'inferenza, è logico concludere che l'indizio che funge da presupposto di prova possa essere anche unico<sup>69</sup>.

In riferimento alla fattispecie della perdita di *chance*, ove però immaginiamo che gli indizi siano spesso plurimi, siffatta conclusione ci sembra rispettare con maggiore sensibilità l'esigenza di consentire alla parte attrice di conferire sostanza all'interesse immateriale che deduce ad oggetto della propria pretesa risarcitoria.

Con ciò non intendiamo dare spazio ad interpretazioni "lassiste", ma non vediamo ragioni per impedire che un singolo fatto secondario (indizio) a partire dal quale si riesca a raggiungere la prova (presuntiva) del fatto principale, tramite una inferenza grave e precisa, possa costituire il fondamento esclusivo della prova stessa.

Il giudice deve autolimitare la libertà di apprezzamento che il codice di rito gli attribuisce, facendo attenzione a non abbandonarsi nella sua decisione a strade che non siano rigorosamente logiche e razionali; e se pure ciò dovesse avvenire, ad ingiusto vantaggio di una parte sull'altra, questa potrebbe pur sempre censurare il provvedimento giudiziale per quanto attiene alla sua motivazione (con i limiti che, tuttavia, ormai contraddistinguono il sindacato in Cassazione del vizio motivazionale *ex art. 360 n. 5 c.p.c.* 70).

#### 4.2. *La prova dei fatti secondari costitutivi della chance e il principio di non contestazione.*

L'onere di allegazione di quegli elementi che abbiamo inquadrato come fatti secondari costitutivi del bene *chance* deve ritenersi sussistente, secondo noi, non solo in relazione all'esigenza di sostanziare un interesse giuridico altrimenti privo di una consistenza tangibile;

<sup>69</sup> Pertanto concordiamo con G. RUFFINI, *op. ult. cit.*, spec. 1338 ss., quando – ragionando sulle criticate posizioni tese a negare equiparazione tra argomenti di prova e presunzioni semplici – scrive che «il requisito della concordanza è collegato nell'art. 2729 c.c. alla conclusione del ragionamento inferenziale e non già agli indizi, che di tale ragionamento costituiscono la premessa, così che è ragionevole pensare che il legislatore abbia adoperato il termine concordante per significare che la conclusione deve essere univoca» (sul punto Ruffini trova appiglio nelle autorevoli voci di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 89, il quale infatti scriveva che, quando il giudice deduce la esistenza del fatto da provare da un cumulo di indizi anziché da un singolo indizio, «la fonte di presunzione non è costituita da ogni indizio, in sé considerato, bensì dal loro *complessivo*»; e di G. VERDE, *Profili del processo civile*, vol. II, IV ed., Napoli, 2008, 121-122); non sono dello stesso avviso S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, cit., 864, e in adesione a quest'ultimo, S. PATTI, *comm. sub. art. 2729 c.c.*, cit., 130, che, invece, riferiscono i requisiti prescritti dall'art. 2729 c.c. proprio agli indizi in base ai quali è possibile pervenire alla presunzione. L'equivoco nasce dal fatto che la norma, nel riferirsi alle «presunzioni [che il giudice] non deve ammettere [se non] gravi, precise e concordanti», tratta le presunzioni «come se fossero prove destinate a formarsi per mezzo di specifiche attività processuali [quando vanno piuttosto intese come] condizioni di efficacia probatoria delle presunzioni formulate dal giudice, o addirittura, come requisiti che occorrono per la loro stessa esistenza»: così M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., 1106.

<sup>70</sup> All'esito della modifica apportata dalla l. n. 134/2012, che ha sostituito il riferimento all'«omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione» con l'«omesso esame» circa un fatto decisivo. V. alcuni tra i numerosi commenti sulla novella: R. CAPONI, *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c.*, in *www.judicium.it*; ID., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5), c.p.c.*, in *Foro it.* 2013, V, 149; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. giur.* 10/2012, 1133; M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male*, in *judicium.it*; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.* 2012, V, 299 ss.; B. SASSANI, *Legittimità, «nomofilachia» e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *judicium.it*.

ma anche in quanto coerente con un sistema in cui è vigente, ormai per diritto positivo ai sensi dell'art. 115 c.p.c., il principio di non contestazione<sup>71</sup>.

Riteniamo, infatti, che dispensare la parte dall'allegazione espressa dei fatti secondari costitutivi del bene *chance* – e contestualmente ammettere che tali fatti possano emergere in altro modo tramite l'affermazione “inconsapevole” della controparte o l'intervento officioso del giudice ovvero tramite l'andamento delle prove richieste su fatti differenti allegati – significherebbe sottrarre tali fatti al “gioco” della contestazione che, attraverso il comportamento omissivo della parte contro cui l'allegazione dei fatti è rivolta, contribuisce a determinare, per esclusione, il *thema probandum*.

In altre parole l'attività di allegazione specifica dei fatti in generale, nonché di quelli che sostanziano la *chance*, deve servire (anche) a provocare la contestazione altrettanto specifica<sup>72</sup> della controparte, conscia delle conseguenti “sanzioni” di pacifictà del fatto non contestato e dell'onere in capo al giudice di porlo a fondamento della decisione (salvo il diverso convincimento maturato a partire dal materiale istruttorio nel suo complesso).

Come noto, il legislatore del 2009 è intervenuto sul testo dell'art. 115 c.p.c., inserendovi la previsione secondo cui il giudice debba porre a fondamento della decisione anche i «fatti non specificamente contestati dalla parte costituita», sul modello dell'art. 416 co. 3 c.p.c. che, nel rito del lavoro, già prescriveva al convenuto costituito una contestazione specifica e non generica sui fatti allegati dall'attore.

Orbene, perché la contestazione sia correttamente eseguita deve essere espressa e specifica, poiché «qualunque argomento che non si traduca in una negazione esplicita e precisa del fatto allegato non può equivalere implicitamente ad una contestazione specifica di essa»<sup>73</sup>; per cui essa non può essere limitata alla semplice negazione di quanto allegato

<sup>71</sup> Su cui si vedano, su tutti, i due lavori monografici che si sono occupati del principio di non contestazione all'esito della riforma del '90: B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993, che concepisce la non contestazione come meccanismo processuale di natura eccezionale e semplificativo, «rispetto alla regola, che è alla base del modello ordinario del processo, per cui la risoluzione delle controversie riposa sull'accertamento integrale dei fatti che fondano la richiesta di giustizia, anche in assenza di una posizione di contrasto espressamente assunta dalla difesa» (spec. 89); e A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, ad avviso del quale il principio in parola non opera in via eccezionale, ma deve anzi intendersi come un principio generale, che trova fondamento nelle ragioni di economia processuale e autoresponsabilità delle parti e che implica «un atto di rinuncia ad esercitare il diritto di allegazione dei fatti a sé favorevoli» (spec. 267). V. anche i contributi di I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.* 5/2011, 237 ss.; C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.* 1/2011, 99 ss.; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.* 2/2004, 111 ss.; A. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2/2005, 155 ss.; ID., *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.* 2/2008, 560; per ogni altro riferimento bibliografico si rimanda a B. ZUFFI, *comm. sub art. 115*, in C. CONSOLO (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, cit.

<sup>72</sup> Siamo convinti che un onere di contestazione specifica possa essere imposto alla parte solo a fronte di un'allegazione parimenti specifica che consenta all'avversario di passare in rassegna con puntualità e precisione le singole circostanze fattuali emerse: così, per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 306; e anche G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *judicium.it*, spec. par. 12.

<sup>73</sup> Così M. TARUFFO, *comm. sub art. 115*, in *Commentario cit.*, 486, il quale critica la tesi, diffusa pure in giurisprudenza, secondo cui la contestazione potrebbe essere anche implicita se consistente in attività

dalla controparte, ma deve recare la formulazione di una descrizione diversa e alternativa dei fatti proposti.

Per quanto attiene agli effetti della mancata o generica contestazione, si è sempre registrata una sostanziale unità di vedute in dottrina<sup>74</sup>, anche ben prima della introduzione legislativa, nel senso di non farne discendere la prova del fatto né di equiparare l'atteggiamento omissivo ad una *ficta confessio* o ad una presunzione di ammissione del fatto<sup>75</sup>, in particolare alla luce dell'atteggiamento di "neutralità" assunto, ancora oggi<sup>76</sup>, dal nostro ordinamento di fronte alla contumacia volontaria del convenuto<sup>77</sup>.

Se nella vigenza del "permissivo" rito del 1950, la iniziale non contestazione veniva considerata temporanea e sempre revocabile fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, a partire dalla riforma del '90-'95, essa deve calarsi in un rito scandito da rigide preclusioni.

Oggi, sebbene la legge n. 69/2009 abbia lasciato irrisolta la questione del termine preclusivo entro cui contestare i fatti allegati – nonché quella ancor più spinosa della eventuale ammissibilità di una revoca con la relativa tempistica – l'interpretazione più ragionevole induce a ritenere che la contestazione possa avvenire anche in un momento successivo al primo atto difensivo, ma non in qualunque momento: per il convenuto, l'ultimo termine utile per la contestazione specifica deve essere la prima memoria *ex art.* 183 co. 6, in modo da consentire lo sviluppo del contraddittorio e cioè la formulazione delle

difensive incompatibili con la volontà di contestare il fatto; ritiene che invece tale forma di contestazione sia ammissibile C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*; secondo G. BALENA, *op. loc. ult. cit.*, l'effettivo significato di una contestazione non esplicita, ma desumibile da un atteggiamento processuale potrà essere valutata discrezionalmente dal giudice (per cui, ne deduciamo che, per quanto non inammissibile in linea di principio, una contestazione implicita non è sicuramente la migliore strategia difensiva della parte).

<sup>74</sup> Diversamente ci sembra che la giurisprudenza di legittimità sia giunta ad abbracciare le conclusioni della dottrina, discostandosi sul punto dal *dictum* delle sezioni unite del 2002 (su cui v. *infra* in nota n. 79): v. le pronunce di Cass. SS.UU. n. 11377 del 3 giugno 2015 e Cass. SS. UU. n. 2951 del 16 febbraio 2016, secondo cui «se le prove devono essere valutate dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (art. 116, c.p.c.), *a fortiori* ciò vale per la valutazione della mancata contestazione».

<sup>75</sup> In dottrina risulta isolata la posizione di G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 40, ad avviso del quale il fatto non contestato dovrebbe intendersi automaticamente e ad ogni effetto provato; secondo l'opinione di G. RUFFINI, in *Relazione al Seminario sulla Riforma della Giustizia – le modifiche al c.p.c.*, Roma, 17 luglio 2009, riportata nel *comm. sub art.* 115, in C. CONSOLO (diretto da), *Commentario*, cit., 1356, la mancata contestazione potrebbe al più essere assimilata, *quoad effectum*, alla mancata risposta ai sensi dell'art. 232 c.p.c., ai sensi del quale «il giudice può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio formale» (corsivo nostro).

<sup>76</sup> Invero potrebbe dirsi che, dopo la riforma del 2009, l'atteggiamento del codice di fronte alla contumacia volontaria non sia più semplicemente neutrale, ma addirittura di favore, se si considera che l'operatività della non contestazione nei soli confronti della parte costituita fa sì che questa riceva un trattamento peggiore rispetto al contumace: sul punto, v. quanto osservato da S. BOCCAGNA, in AA. VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, spec. 36.

<sup>77</sup> A lungo gli interpreti hanno negato l'esistenza di un principio generale di non contestazione, anche dopo l'introduzione nel rito ordinario, ad opera della novella legislativa del 1990, dell'art. 186-*bis* c.p.c. sulle ordinanze di condanna al pagamento delle somme non contestate: così riporta L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 113-117, il quale rileva che il primo vero elemento di «rottura» si è registrato con l'introduzione di un'apposita disciplina nell'ambito del rito societario (cfr. art. 13 d.lgs. n. 5/2003) che puniva la tardiva costituzione del convenuto inizialmente contumace con la non contestazione dei fatti affermati dall'attore

istanze istruttorie da parte dell'attore nella seconda memoria; all'attore, invece, non dovrebbe essere concessa la contestazione dei fatti allegati dal convenuto oltre l'udienza dell'art. 183 o, al più tardi, oltre la prima memoria (che, quindi, è in definitiva il termine ultimo per entrambe le parti)<sup>78</sup>.

In dottrina si ritiene che il principio di non contestazione operi anche con riguardo ai fatti secondari, quando sono rilevanti per la prova di un fatto principale, di talché se non specificamente contestato anche il fatto secondario deve essere posto a fondamento della decisione<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 305; nel senso della revocabilità della iniziale non contestazione v. specialmente B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *judicium.it*, spec. par. 11, pur nella consapevolezza che «buona parte della non contestazione si gioca nel primo atto difensivo (o comunque nel primo atto successivo alla deduzione di un fatto)».

<sup>79</sup> Contrariamente la giurisprudenza ritiene che la mancata o generica contestazione di un fatto secondario possa solo costituire un argomento di prova *ex* art. 116 co. 2 c.p.c. Come riporta M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 489 ss., prima dell'intervento di Cass. SS.UU. n. 761 del 25 gennaio 2002, la tesi secondo cui la non contestazione dovesse intendersi come un semplice comportamento processuale delle parti da cui desumere argomenti di prova veniva riferita indistintamente ai fatti principali e secondari. Peraltro la giurisprudenza ha a lungo negato che la non contestazione potesse considerarsi principio generale, data la mancata predisposizione da parte degli artt. 416 e 167 c.p.c. di una sanzione per l'inadempimento dell'onere; prevaleva l'idea, avallata dalla dottrina meno recente, secondo cui solo un'ammissione esplicita del fatto allegato dall'avversario potesse renderlo pacifico e non bisognoso di prova (come conferma B. ZUFFI, *comm. sub* art. 115, cit., 1346-1347). Il criticato intervento del giudice di legittimità nel 2002 aveva giustificato l'esistenza del principio di non contestazione sulla base di una sorta di accordo negoziale nascente dalla combinazione dell'allegazione dei fatti di una parte e la mancata contestazione dell'altra, nel senso di stabilire la verità di quel fatto e di vincolare il giudice a tenerne conto (salvo il caso di controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili). La tesi dell'accordo negoziale è criticabile, secondo Taruffo (si veda anche il suo *La semplice verità*, Bari, 2009, 122 ss.) perché, in linea di principio, e non meno nel caso di diritti disponibili «la verità di un enunciato fattuale non dipende dall'accordo di chicchessia, e tanto meno da un supposto accordo che si realizzerebbe implicitamente per "fatti concludenti" tra le parti del processo». Il giudice non può essere vincolato alla non contestazione del fatto, che si tratti di un diritto disponibile o indisponibile: l'effetto non può che consistere in una *relevatio ab onere probandi* a favore dell'attore, ma resta fermo che, «se dalle prove comunque acquisite al giudizio risulta che il fatto non contestato è falso, il giudice ne accerta la falsità [...] il fatto viene posto a fondamento della decisione non in quanto ne sia stata dimostrata la verità, ma solo perché il comportamento del convenuto ha esentato l'attore dall'onere di provare che esso fosse vero». Il presupposto di tale impostazione sta nel riconoscimento del fine ultimo del processo nel perseguimento della verità, per cui il giudice non può essere ostacolato in tale obiettivo dal presunto accordo tra le parti derivante dalla non contestazione: sul tema v. anche l'ampia indagine di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018. Se è vero che la non contestazione determina esclusivamente una *relevatio ab onere probandi*, bisogna smentire le sezioni unite del 2002 nella parte in cui affermano che il principio di non contestazione sia il riflesso del principio dispositivo in senso sostanziale e che, dunque, (anche) attraverso la non contestazione le parti contribuirebbero a determinare l'oggetto del *thema decidendum*: in questo senso si esprimeva anche G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 612-614, il quale in ordine al potere/onere delle parti di allegare i fatti principali e secondari, sottolineava l'opportunità di non fissare rigidamente alcun principio di carattere assoluto e, piuttosto, di tenere bene a mente che quanto più si consideri esteso «il potere delle parti di condizionare il giudice nella scelta dei fatti rilevanti da sottoporre a controllo probatorio», tanto più ristretto sarà l'ambito di applicazione dei poteri officiosi del giudice. Secondo l'A., il principio di non contestazione, in quanto derivazione del principio dispositivo in senso stretto, è «coordinato con il potere di allegazione della parte, così che il giudice avrà il potere-dovere di prendere in esame i fatti non contestati» proprio nei limiti in cui alle parti si riconosca il potere di determinare l'estensione del tema di fatto che è oggetto della controversia. La dottrina è

Non dobbiamo trascurare le peculiarità del processo del lavoro, in cui il principio di non contestazione ha mosso i primi passi e che qui interessa per le significative ipotesi di danno da perdita di *chance* che si riscontrano nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Un tratto distintivo rispetto al rito ordinario consiste nella valutazione della tempestività della contestazione che, in mancanza di un'espressa previsione di decadenza nell'art. 416 co. 3 c.p.c., si ricollega a quanto disposto dall'art. 420 co. 1, a norma del quale le parti possono modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate negli atti introduttivi solo se ricorrono gravi motivi e previa autorizzazione del giudice<sup>80</sup>.

Nelle controversie di lavoro la questione dell'onere di contestazione gioca una certa importanza in relazione ai conteggi elaborati dall'attore nel proprio ricorso; in tal proposito la giurisprudenza ritiene che l'onere di contestazione specifica del *quantum* sussiste anche quando il convenuto si difenda negando in radice l'esistenza del credito<sup>81</sup>.

Risulta chiaro che, anche in materia di risarcimento del danno da perdita di *chance*, lo scambio di allegazioni e contestazioni delle parti si svolgerà principalmente nel campo dei vantaggi retributivi perduti (o meglio, della possibilità di ottenerli) in conseguenza della negata possibilità di partecipare alla selezione interna, che avrebbe consentito la promozione del lavoratore alla qualifica superiore.

Qui il datore di lavoro si troverà a dover contestare i fatti da cui sarebbe potenzialmente derivato un credito da prestazione lavorativa e gli converrà contestare, prima ancora del *quantum*, la stessa concretezza della possibilità che il vantaggio sarebbe stato acquisito.

Per quanto riguarda il processo amministrativo, il principio di non contestazione è sancito dall'art. 64 co. 2 c.p.a., che, nel contenuto letterale ricalca l'art. 115 c.p.c., ma non è interpretato in modo coincidente con l'omologo del processo civile.

Infatti un certo orientamento della giurisprudenza di merito – forte della collocazione sistematica del principio da parte del legislatore accanto alle «prove proposte dalle parti» – attribuisce un carattere vincolante alla non contestazione, nel senso di considerare il fatto non contestato alla stregua di un fatto provato, tale da escludere ogni iniziativa officiosa del giudice sul fatto stesso.

concorde (ma v. *supra*, in questa nota, quanto sostenuto da Taruffo) nel ritenere che il principio di non contestazione si applichi nelle sole controversie aventi ad oggetto diritti disponibili; sulla rilevanza del difetto di contestazione, nei processi aventi ad oggetto diritti indisponibili, come contegno valutabile alla stregua dell'argomento di prova, v. quanto sottolineato da M.C. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2/2006, 173 ss., spec. 204.

<sup>80</sup> Così E. VULLO, *comm. sub art. 416*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI e R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Milano, 2012, 494 ss., (e più recentemente ID., in L. DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, tomo III, Milano, 2019, 3128 ss.) il quale segnala che, in giurisprudenza si è registrato anche un orientamento più restrittivo, secondo cui la contestazione dovrebbe avvenire a pena di decadenza al momento della rituale costituzione in giudizio. Si è affermato in altre pronunce (tra cui la stessa sentenza delle Sezioni Unite del 2002) che, sebbene la non contestazione non gravi sul convenuto contumace, l'onere di contestazione comporterebbe che questi la effettui nel momento in cui si costituisce; o ancora che la non contestazione non potrebbe essere effettuata prima che abbia ingresso il mezzo istruttorio disposto per l'accertamento del fatto non contestato. L'A. ritiene che l'orientamento liberale della giurisprudenza di legittimità più risalente fosse quello condivisibile, in quanto l'art. 416 non dispone espressamente alcuna decadenza.

<sup>81</sup> V. i riferimenti giurisprudenziali proposti da E. VULLO, *Diritto processuale civile*, cit., 3134-3136.

Altre sentenze, invece, non equiparano il fatto non contestato al fatto provato, ma neanche al fatto pacifico<sup>82</sup>, e propendono per la tesi dell'argomento di prova liberamente valutabile dal giudice<sup>83</sup>.

Del resto una pedissequa trasposizione del principio al processo amministrativo, secondo l'applicazione che se ne fa nel processo civile, non sarebbe affatto agevole.

Abbiamo già notato *supra* nel cap. I, quando ci siamo occupati del rapporto tra *chance* e interesse legittimo, che la p.a. potrebbe essere chiamata ad integrare il *thema probandum* con gli elementi di prova che siano nella sua disponibilità e che possano servire a sostenere la fondatezza della domanda del privato ricorrente (così l'art. 64 co. 1 c.p.a.); il che ci sembra un onere in potenziale conflitto con quello di contestazione specifica, per cui dovrebbe da un lato contestare e dall'altro "collaborare"<sup>84</sup>.

Come evidenziato in dottrina<sup>85</sup>, l'assunto per cui il livello di specificità della contestazione richiesta alla parte sarebbe direttamente proporzionale a quello delle allegazioni avversarie

<sup>82</sup> Così A. MANZI, *comm. sub art. 64 c.p.a.*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, M. PROTTO e L. TARANTINO, *Codice del processo amministrativo ragionato*, Roma, 2017, 427, il quale ritiene preferibile la tesi del fatto non contestato come argomento di prova *ex art. 64 co. 4 c.p.a.*, non operando la pacificità del fatto data esclusivamente dalla espressa ammissione della controparte.

<sup>83</sup> Così riporta F. GAFFURI, *Brevi note sul principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Urb. app.* 7/2013, 749 ss., spec. i riferimenti alle sentenze dei vari giudici di merito in nota; v. anche R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2017, 983, la quale mostra condivisibilmente di preferire la seconda soluzione, anche alla luce della considerazione che «nel processo amministrativo su interessi legittimi il rapporto controverso è indisponibile e pertanto non sono ammissibili prove legali (prova ne sia che il c.p.a. esclude l'interrogatorio formale e il giuramento)», mentre una non contestazione ad efficacia vincolante integrerebbe, di fatto, un annientamento del libero convincimento del giudice. Pertanto si deve optare per la tesi secondo cui «la non contestazione non impedisce al giudice di disporre istruttoria anche relativamente a fatti non contestati, ovviamente, e in ossequio al principio di economia processuale, quando su tali fatti vi siano ragionevoli dubbi». In dottrina pare scontato e non discutibile il potere del giudice di non attenersi necessariamente al fatto non contestato, se questo risulta smentito dalle altre risultanze processuali: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 262; si confrontano con la tesi della non contestazione vincolante E. CASETTA e F. FRACCHIA, *Giustizia amministrativa*, cit., 201 ss., ma propendono per l'opinione che valorizza il prudente apprezzamento del giudice, sottolineando altresì che il riferimento alla specificità della contestazione (la norma non dice che i fatti debbano essere «esspressamente» contestati) lascerebbe intendere la possibilità di una contestazione implicita, risultante dalla esposizione di fatti incompatibili con quanto dedotto dall'altra parte.

<sup>84</sup> Il rilievo del principio dispositivo anche nel processo amministrativo, sebbene "corretto" dal metodo acquisitivo, comporta che, a fronte delle allegazioni della p.a., il privato ricorrente debba comunque soddisfare l'onere di specifica contestazione, potendo la disposizione officiosa di informazione e documenti utili di cui all'art. 64 co. 3 c.p.a. intervenire solo a contestazione effettuata, per sopperire alla incapacità di supportare con adeguati mezzi di prova le controdeduzioni presentate: v., sul punto, F. GAFFURI, *op. ult. cit.*, 753.

<sup>85</sup> F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3/2012, 1012 ss., (la cui elaborazione è ampiamente discussa da G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo*, cit., 1166 ss.) e che propone una interpretazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo in linea con quella fornita dagli interpreti per il processo civile e cioè come regola di semplificazione del tema probatorio. L'A., tuttavia, è conscio delle problematiche tipiche del processo amministrativo e nota che la funzione dello stesso come regola semplificatoria rischia di essere vanificata dalla mancanza di una scansione in fasi e relative preclusioni, come nel processo civile, per cui nel momento in cui la causa viene trattenuta in decisione, l'attività istruttoria è già stata espletata e l'eventuale non contestazione perde ogni influenza (spec. 1031). Questo

trova una difficile collocazione nel contesto del processo amministrativo, ove tale reciprocità non può sussistere e la dichiarazione di non conoscenza di un fatto rilevante per l'adozione del provvedimento da parte della p.a. integra un difetto di istruttoria procedimentale, che condurrebbe in ogni caso a dover constatare un vizio del provvedimento amministrativo.

Si consideri, inoltre, per quanto attiene alle tempistiche della non contestazione, che la costituzione in giudizio – oggi disciplinata dall'art. 46 c.p.a. – non è un atto dovuto ed è rimessa alla valutazione delle parti, le quali possono decidere di costituirsi fino all'udienza di discussione; né il termine attuale di sessanta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso si ritiene perentorio e posto a presidio di preclusioni dal compimento di talune attività. In un siffatto sistema, pertanto, non v'è ragione di parlare di tempestività o tardività della contestazione<sup>86</sup>.

ragionamento presuppone, però, che l'unica via per conferire una incidenza effettiva alla non contestazione sarebbe quello di imporre la massima tempestività (e quindi la formulazione nella prima difesa utile) e, soprattutto, un carattere vincolante, tale per cui il risultato ottenuto non potrebbe essere travolto dall'attività istruttoria compiuta nel corso del procedimento: interpretazione, questa, affatto in linea con l'orientamento invalso nel processo civile.

<sup>86</sup> G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 1173 ss., il quale dubita che si possa ammettere la compatibilità con il principio dispositivo con metodo acquisitivo (su cui pur sempre si fonda il processo amministrativo) di una non contestazione intesa come prova del fatto a cui il giudice debba ritenersi vincolato. Stante l'opinione maggioritaria che esclude l'applicabilità del principio di non contestazione nei processi aventi ad oggetto diritti indisponibili, l'A. condivide la tesi del rilievo come argomento di prova, perché si coordina bene con l'orientamento che desume argomenti di prova – invece che una *ficta confessio* – dal mancato deposito dei documenti (1188).



### CAPITOLO III – LA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* IN UN PROCESSO EVENTUALMENTE CUMULATO

1. *Il rapporto tra diritto risarcitorio “principale” e diritto al risarcimento del danno da perdita di chance: sono diritti concorrenti?*

A questo punto della nostra riflessione giova ripetere che quando abbiamo parlato della perdita di *chance* come conseguenza risarcibile del danno assimilabile al lucro cessante, abbiamo anche specificato che essa non potesse essere fatta valere sotto forma di autonoma domanda di risarcimento del danno.

Diversamente, ove abbiamo configurato la *chance* come situazione giuridica autonomamente tutelata, abbiamo individuato il relativo pregiudizio come potenziale oggetto di una domanda a sé stante.

Proprio perché si tratta di due diritti (e due domande) distinti, il giudicato sul diritto al risarcimento del danno alla salute (o da perdita del rapporto parentale, ad esempio) non copre anche il diverso diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*. In concreto, dobbiamo immaginare che il rigetto della prima domanda non precluderà la successiva proposizione della domanda avente ad oggetto la *chance* perduta (sempre che nel frattempo non sia maturata la prescrizione del credito).

La conclusione risulta consequenziale a quanto avevamo già osservato sul piano sostanziale nel primo capitolo, e cioè che il mancato raggiungimento della prova del nesso causale tra la condotta colpevole del medico e il decesso del paziente o l'aggravamento della sua patologia (che è la più probabile causa di rigetto della domanda di risarcimento) non equivale ad escludere automaticamente la 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.

Parimenti il rigetto della domanda di risarcimento del danno per la perdita anticipata del rapporto parentale non ha ripercussioni sulla possibilità, ancora aperta, di ottenere il ristoro della *chance* perduta.

Lo scenario opposto di accoglimento della domanda di risarcimento “principale” comporta in ogni caso che quel giudicato non coprirà anche il diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*, ma l'esito sarà diverso rispetto all'ipotesi speculare.

Così di fronte alla proposizione di una domanda di ristoro del pregiudizio subito per la *chance* perduta, successiva al passaggio in giudicato di una sentenza che accoglie il risarcimento del danno alla salute, il giudice non dichiarerà l'inammissibilità per *bis in idem*, ma piuttosto potrà fondare il rigetto in rito per carenza dell'interesse ad agire<sup>1</sup>, poiché il paziente (o chi per lui) avrà già ottenuto la massima compensazione possibile

<sup>1</sup> Si vedrà che la stessa conclusione si ha nel caso di riproposizione 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.

per il danno subito; cioè, in altre parole, avrà già visto soddisfatto il suo bisogno di tutela<sup>2</sup>.

Invero una pronuncia di *absolutio ab instantia* fondata su tali ragioni valorizza una interpretazione del concetto di interesse ad agire orientata all'utilità perseguita dall'attore e che, sebbene suggerita da autorevoli interpreti del processo civile<sup>3</sup>, non può certo dirsi pacificamente condivisa<sup>4</sup>.

<sup>2</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 stabilizzata.

<sup>3</sup> Come già anticipato nel par. II del secondo capitolo, in cui si è discusso della possibilità di dedurre ad oggetto di un giudizio di mero accertamento la questione relativa alla esistenza della *chance*, sono riconoscibili vari filoni di pensiero sull'interesse ad agire, tutti in vario modo riconducibili al concetto di utilità (sintetizzati e discussi criticamente da M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., 118 ss.): v., ad esempio, l'opinione di 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»; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, IV ed., Milano, 2019, 171; possiamo dire, però, che il concetto di «utilità» della tutela non può dirsi totalmente estraneo alla figura dell'interesse ad agire, pur nella consapevolezza che la sua valutazione non deve sconfinare nel giudizio sulla fondatezza della domanda: lo evidenzia bene, secondo noi, 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»). Merita una menzione anche la teoria di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., spec. 139, la quale ha instaurato 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.

<sup>4</sup> È noto il rifiuto categorico dell'interesse ad agire in chiave di «economia processuale» da parte di A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., *passim* e spec. 203 ss., la cui rigorosa indagine è incentrata sulla critica dell'interpretazione tradizionale secondo cui il principio dell'interesse ad agire trova il proprio presupposto nella «lesione in senso lato» del diritto; che si configura come «lesione in senso stretto» nel processo di condanna, come «stato di incertezza» in quello di mero accertamento e come «situazione che renda incerta o metta in pericolo la realizzazione del diritto nel processo cautelare». «Quanto al processo costitutivo, si è visto come la dottrina sia concorde nell'affermare che null'altro si richiede oltre al c.d. diritto potestativo che in esso sia fatto valere; onde appare chiaro come tale processo configuri un'ipotesi in cui il principio dell'interesse ad agire non trova applicazione» (77). Secondo l'illustre A. la tesi tradizionale deve essere corretta nel senso che il principio dell'interesse ad agire possa trovare applicazione solo con riguardo ai processi di mero accertamento e cautelare, nei quali viene rispettivamente in rilievo sulla base dello stato d'incertezza e del *periculum in mora*. L'insegnamento di quella dottrina che valorizzava l'interesse

Qualora dunque non convincesse la soluzione del rigetto in rito per mancanza di interesse ad agire, dovremmo concludere che la corresponsione della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno “principale”, eventualmente già in seguito alla sentenza di primo grado, è 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 con una pronuncia di rigetto nel merito.

In ogni caso il giudice non potrà pronunciare l’inammissibilità per il giudicato già formatosi sul diritto “principale”, essendo il secondo diritto (al risarcimento del danno da perdita di *chance*) diverso da quello già deciso.

Dallo studio dei limiti oggettivi del giudicato sappiamo che la *res iudicata* sul diritto al risarcimento del danno “principale” potrebbe spiegare la sua efficacia conformativa riflessa su un diritto distinto, solo se connesso per pregiudizialità-dipendenza, negativa e soprattutto positiva, per cui il diritto condizionante è uno degli elementi della fattispecie costitutiva dell’altro diritto (quello dipendente)<sup>5</sup>.

Si tratta dello stesso diritto/*status*/situazione oggetto di una questione pregiudiziale di merito, che come sappiamo, se emersa nell’ambito dello stesso giudizio, può essere

ad agire anche nel processo di condanna è da ripudiare poiché il presupposto della lesione del diritto (ad es. l’inadempimento dell’obbligazione) non attiene ad un presupposto di ammissibilità della domanda, quanto piuttosto al merito e cioè all’esistenza o inesistenza del diritto stesso. In termini concreti è logicamente inaccettabile ritenere che la domanda volta ad ottenere la soddisfazione del credito e rivolta al debitore che abbia già pagato debba essere rigettata in rito per mancanza di interesse ad agire; essa deve essere rigettata nel merito, per inesistenza del diritto ormai estinto dall’adempimento spontaneo. Per una efficace sintesi degli orientamenti dottrinali in punto di interpretazione dell’interesse ad agire si rinvia a C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 591 ss., il quale, pur ammettendo che la regola dell’interesse ad agire abbia una importanza decisamente maggiore sul piano pratico nell’azione di mero accertamento, suggerisce di evitare affermazioni generalizzanti che escludano sempre e in ogni caso la rilevanza dell’interesse ad agire anche nelle tutele di condanna e costitutiva. Più recentemente ha rifiutato le letture dell’interesse ad agire incentrate sull’utilità perseguita o sulla convenienza dello strumento processuale e sulle ragioni di economia processuale, anche M. MARINELLI, *op. ult. cit.*, spec. 122 ss., il quale, in sostanziale adesione alle critiche già mosse da Attardi, imputa una certa leggerezza agli Autori, pur illustri, che hanno voluto qualificare l’interesse ad agire alla stregua di un «filtro» attraverso il quale impedire alla parte lo svolgimento di un’attività processuale reputata superflua e, anzi, ingombrante per l’ordinamento costretto a fronteggiarla. Significativa è pure la riflessione di G. VERDE, *Profili del processo civile*, vol. I, VII ed., Napoli, 2008, spec. 152, secondo cui, in mancanza di una disposizione espressa, non si può interpretare l’art. 100 c.p.c. nel senso (che sarebbe davvero troppo gravoso per l’avente diritto) di respingere la domanda tutte le volte in cui l’attore non abbia dimostrato di aver tentato tutte le attività volte ad ottenere la spontanea realizzazione degli effetti che cerca di ottenere attraverso l’adozione di un provvedimento giurisdizionale (ad efficacia costitutiva, chiaramente).

<sup>5</sup> Si tenga presente anche il dibattito relativo alla estensione della efficacia di giudicato ai successivi giudizi vertenti non sullo stesso diritto su cui è già calata la cosa giudicata né su diritti dipendenti, ma su diritti incompatibili, spesso deducibili in via di eccezione e/o di domanda riconvenzionale nel primo processo già concluso, su cui v., per tutti, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in A. PROTO PISANI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, II ed., Torino, 2002, 147 ss.

conosciuta *incidenter tantum* ovvero resa oggetto di un accertamento incidentale con efficacia di giudicato su domanda di parte o *ex lege*, come prescrive l'art. 34 c.p.c.<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Qui la bibliografia sarebbe sterminata e non ci interessa riproporre uno sterile elenco di nomi illustri. Ci basti il richiamo a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss., spec. 862 ss., sull'oggetto del giudicato; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 351 ss.; E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1-47 e 184-224; F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1317 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit.; A. CHIZZINI, *Sentenza civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995; per ogni altro riferimento, si rinvia a C. CONSOLO, *comm. sub art. 2909 c.c.*, in *Commentario*, tomo I, cit., 99 ss.; per la manualistica, v., su tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, 89 ss. e F.P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 153 ss., nonché C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, cit., 167 ss., spec. per la ricchezza bibliografica delle note al testo. Sull'art. 34 c.p.c. e sulla estensione della efficacia di giudicato sul singolo effetto nascente dal rapporto giuridico fondamentale, secondo alcuni il "controdiritto" del convenuto sarebbe in ogni caso coperto dall'efficacia preclusiva del giudicato di accoglimento della domanda dell'attore: così, per tutti, S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 87 ss. e F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 165 ss. (sulla scia di quanto già emergeva dalle riflessioni sulla estensione del giudicato al rapporto giuridico fondamentale di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 355), valorizzando la distinzione tra pregiudizialità in senso tecnico e in senso logico (che si attribuisce a S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, libro I, sub art. 34, Milano, 1959, 146 ss.). Per gli A. appena evocati l'art. 34 c.p.c. troverebbe applicazione solo con riferimento ai casi di pregiudizialità in senso tecnico, ma non nelle diverse ipotesi in cui viene dedotto in giudizio uno degli effetti del rapporto giuridico sottostante, che rappresenta "l'antecedente logico necessario". Come sintetizza con la consueta chiarezza F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 168: «se il giudice, per decidere dell'effetto (diritto) dedotto in giudizio, si è dovuto occupare (antecedente logico) della esistenza e qualificazione del rapporto a cui tale diritto appartiene, allora ciò che il giudice ha stabilito del rapporto forma giudicato ove venga in discussione, in un successivo processo, un altro diritto che appartiene allo stesso rapporto». Non così per coloro che riconducono l'applicazione dell'art. 34 c.p.c. ad entrambi i "tipi" di pregiudizialità-dipendenza e valorizzano la proposizione di una domanda di accertamento incidentale affinché, in ogni caso, possa dirsi calata l'efficacia di giudicato sulla questione pregiudiziale di merito. Ciò non toglie che il primo giudicato espliciti una efficacia preclusiva extraprocessuale (e così di vincolo al c.d. motivo portante) nel successivo giudizio tra le stesse parti: la teoria di matrice tedesca è stata recentemente valorizzata dalla pronuncia di Cass. SS.UU. nn. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014 sul rilievo officioso della nullità del contratto, e sulle differenze tra "rilevazione" e "dichiarazione" della nullità stessa, su cui non può dirsi formato il vero e proprio giudicato, se non all'esito di una domanda di accertamento incidentale *ex art. 34 c.p.c.* (ammessa senza preclusioni in primo grado e convertibile in eccezione rilevabile d'ufficio, e perciò ammissibile ai sensi dell'art. 345 co. 2 c.p.c., in appello; la massima valorizzazione della domanda di accertamento incidentale in funzione della formazione del giudicato è la chiara dimostrazione dell'intento di sconfiggere la tesi della pregiudizialità c.d. logica: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 95). In breve, sulla nullità del contratto rilevata dal giudice ma dichiarata solo in motivazione (della sentenza che rigetta la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento; la sentenza affronta schematicamente tutte le ipotesi e così anche quella in cui le suddette domande vengano accolte, con la conseguenza che, sulla "non nullità" del negozio, si formi un giudicato implicito) si formerebbe il giudicato sull'invalidità del negozio (ma si tratta invero di una preclusione extraprocessuale, come giustamente evidenziato da C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto*, cit., spec. 230 ss.; v. anche la efficace e ragionata sintesi di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., spec. 162 ss.), con estensione a tutti i successivi giudizi vertenti su diritti nascenti dallo stesso contratto tra le stesse parti, ma senza effetto sui rapporti con i terzi (come

Tuttavia non ci pare di poter riscontrare un tale rapporto tra i due diritti risarcitori di cui ci stiamo occupando. Essi parrebbero piuttosto riconducibili allo schema delle situazioni soggettive “concorrenti” e cioè «dirette al medesimo scopo economico» in quanto collegate funzionalmente, per cui la soddisfazione dell’una estingue anche l’altra<sup>7</sup>.

Se non fosse per tale connessione teleologica, i due diritti e le azioni corrispondenti sarebbero strutturalmente indipendenti: l’esempio classico di concorso “semplice” è quello del locatore che può pretendere la restituzione del bene sia in qualità di proprietario che in virtù del contratto di locazione, ma è chiaro che lo scopo

sottolinea I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.* 1/2015, 70 ss., spec. 76, perlomeno con riferimento alle vicende di trasferimento dei beni immobiliari, l’art. 2652 c.c. prescrive la trascrizione di una sentenza di accoglimento di una espressa domanda di parte sulla nullità, e non una pronuncia di rigetto che in motivazione si riferisca alla invalidità del negozio; l’A. si concentra pure sugli importanti rilievi delle sezioni unite in ordine alla perimetrazione dell’oggetto del processo che, secondo la S.C., coincide con l’intero rapporto contrattuale, o meglio con i singoli diritti soggettivi discendenti dal contratto, e non si individua nel diritto potestativo ad ottenere l’annullamento, la risoluzione o la rescissione del negozio. Tale impostazione è consonante con la teoria di I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, sulla natura dichiarativa delle azioni di impugnativa negoziale, che hanno appunto ad oggetto la situazione soggettiva finale, rispetto alla quale il diritto potestativo si pone «nella diversa veste della manifestazione di volontà necessaria perché il fatto impeditivo o estintivo produca i propri effetti»).

<sup>7</sup> Si tratterebbe di un concorso di diritti, distinto dal concorso di norme e dal concorso di azioni. Sul tema sono imprescindibili le letture di G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 317 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 116 ss.; E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 54 ss. Oggi riporta i termini (a dire il vero poco chiari) del discorso, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 553 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». Il controverso caso del c.d. concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale corrisponde, pertanto, ad una ipotesi in cui vi è un unico diritto che, però, si correla a «diverse fattispecie normative» e cioè all’assunzione di «distinti fatti della vita». 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. In pratica «o si hanno distinte situazioni giuridiche soggettive ed allora ognuna reclama il proprio pieno soddisfacimento sul piano sostanziale, anche mediante le tutele del processo; o si ha una unica situazione soggettiva e si ricadrà in questo caso in quelle ipotesi, quali già descritte nei termini di norme a *fattispecie multipla*, che danno vita ad una *unica situazione sostanziale*». Un esempio si ritrova nell’art. 1453 c.c.: «a fronte dell’inadempimento si ha – in ragione dell’unica norma – un medesimo effetto, quello del sorgere del potere di chiedere l’adempimento o, in alternativa, la risoluzione del contratto. Sempre unico appare concettualmente l’effetto, il potere che la norma ricollega al fatto: effetto, si badi, che poi per concretizzarsi nel caso, evidentemente, richiederà la scelta dell’interessato». L’unicità dell’effetto fa sì che non sia necessario ricorrere a categorie finalistico-funzionali quali il raggiungimento dello scopo. Ma allora si tratterebbe non di un concorso di diritti, bensì di azioni; secondo Chizzini, anche questa figura ha valore meramente descrittivo, nel senso che si tratta di una singola azione che, «per ragioni di opportunità» l’ordinamento riconduce a diverse forme o modalità concrete.

economico può essere realizzato non più di una volta, nonostante il concorso di più norme applicabili alla stessa fattispecie.

Si distingue tradizionalmente dal concorso semplice, il concorso alternativo o elettivo (a cui si ascrive il rapporto tra il diritto alla risoluzione del contratto ovvero all'adempimento *ex art. 1453 c.c.*): nel primo, le due azioni hanno ad oggetto la medesima prestazione, mentre nel secondo, hanno un contenuto diverso, pur riferendosi alla tutela del medesimo bene giuridico e pur votati allo stesso unitario scopo economico, al pari delle ipotesi afferenti al primo tipo di concorso<sup>8</sup>.

In realtà questo nostro tentativo di inquadrare il diritto nascente dalla perdita di *chance* in un rapporto di concorrenza con il diritto che trova fondamento nel danno

<sup>8</sup> Riprendiamo la classificazione riportata da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 340 ss. (v. anche gli Autori citati a p. 341, nota 95). Il tema delle azioni alternative è stato affrontato magistralmente da G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 253 ss., (nonché in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 481 ss.), dalla cui lettura apprendiamo che la rappresentazione classica del «cumulo alternativo oggettivo» si deve a Chiovenda (cfr. il riferimento esatto a p. 270, nota 41) il quale presentava il cumulo alternativo come una sottospecie di cumulo condizionale e distingueva una forma «assoluta» e una «attenuata»: la prima «coinciderebbe con un concorso alternativo di azioni tendenti a prestazioni diverse [un concorso alternativo, nella nomenclatura di Menchini], e la scelta della domanda da esaminare potrebbe spettare all'attore, al convenuto o al giudice; nell'altra il cumulo si fonderebbe su un concorso di azioni tendenti ad una sola prestazione o ad un solo effetto giuridico [Menchini lo definirebbe "concorso semplice"]». Dal punto di vista processuale, il cumulo assoluto implica che entrambe le domande siano proposte condizionalmente, mentre il cumulo è attenuato quando il giudice potrebbe esaminare e accogliere tutte le domande (ma allora, come del resto osserva criticamente lo stesso Tarzia, 273, il cumulo attenuato non è un cumulo condizionale bensì semplice). Tornando per ora alla prospettazione di Menchini, rispetto al problema della efficacia della sentenza in giudizi relativi a diritti concorrenti (in concorso semplice) rispetto a quello già oggetto di decisione, l'A. osserva che «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, «si 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.

“principale” può apparire forzato: la qualificazione del rapporto come concorso semplice dovrebbe subito arrestarsi alla considerazione che il contenuto dei due diritti non è il medesimo, poiché diverso è anche, nella nostra ricostruzione, il bene giuridico tutelato (per quanto possiamo intendere la *chance* come un bene autonomo “imperfetto”, nel senso che risponde esclusivamente all’esigenza di anticipare la soglia di tutela del bene “principale”).

Intendiamo dire che non si tratta di un caso di mero concorso di norme, che si realizza «quando più norme convergono verso una medesima situazione di fatto, ma in un rapporto tale che non ne nascano più diritti, bensì una soltanto di esse debba applicarsi»<sup>9</sup>.

Non possiamo ritenere 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>10</sup> e cioè realizzino effetti “interscambiabili”.

Sebbene riscontriamo una tendenziale unitarietà 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 sia quello di ottenere un qualsiasi ristoro, anche minimo: non trascuriamo che, tra il risarcimento del danno alla salute e di quello da perdita di *chance*, c’è una

<sup>9</sup> Così G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 271 ss., il quale riconduce queste ipotesi di concorso c.d. “semplice” ad ipotesi in cui, in realtà, l’oggetto del processo è unico e su di esso non incide il problema di natura sostanziale del confine tra il concorso apparente di norme e il concorso effettivo di diritti. Certo è che, osservando il fenomeno anche dal punto di vista processuale, un cumulo di domande può sorgere solo là dove siano profilabili più diritti, pure quando essi siano rivolti ad una medesima prestazione o ad un medesimo effetto. Lo stesso S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 341-346, riconosce che «ove difetti il requisito della *identità dell’utilità economica* dei due rapporti, si fuoriesce dal campo del concorso e si entra in quello del cumulo», ma osserva che i due diritti in concorso semplice sono autonomi ed autonomamente azionabili e quando l’attore «alleggi gli accadimenti storici integranti la fattispecie costitutiva di entrambe le pretese, propone sempre duplice domanda, bastando che chieda la condanna del convenuto una volta soltanto [...] si è allora in presenza di un processo oggettivamente cumulativo, riguardante non solo il diritto, per il quale sia stata chiesta espressamente tutela, ma anche quello che sia stato implicitamente dedotto [...] Da qui la possibilità per l’attore di far leva su quest’ultima pretesa, senza incorrere nella eccezione di domanda nuova [sul punto la conclusione è analoga a quella raggiunta da G. TARZIA, *Appunti*, cit., 272, ma sul diverso presupposto secondo cui la singola fattispecie legale individua un distinto oggetto del processo (questo è, del resto, il cuore della teoria dell’individuazione) anche in ipotesi in cui sia unico l’interesse giuridico protetto]; peraltro, trattandosi non di un oggetto del processo unitario, ma di una lite oggettivamente plurima, nel caso in cui il giudice respinga la domanda, senza esaminare una delle situazioni di vantaggio concorrenti, il giudicato non sarà di ostacolo al successivo esercizio in un separato processo (non così G. TARZIA, *op. loc. ult. cit.*), anche se, come già visto, l’identità dello scopo delle pur distinte domande farà sì che alla riproposizione della seconda dopo l’accoglimento della prima il giudice possa reagire con una pronuncia di rigetto in rito per difetto di interesse ad agire.

<sup>10</sup> Come riporta G. TARZIA, *Appunti*, cit., 270, la fungibilità è il criterio identificativo dell’alternatività tra le pretese secondo E. Betti (cfr. nota 42), 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.

considerevole 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 principale.

Tuttavia non possiamo riferirci utilmente neppure al concorso alternativo o elettivo, dal momento che il contenuto dei diritti è sì diverso secondo noi – come diversi sono il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto e quello teso alla condanna all'adempimento – ma tra le domande risarcitorie che stiamo esaminando non sussiste un rapporto di alternatività declinabile nel senso dell' "antagonismo escludente".

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 che abbiamo definito principale.

#### *1.1. (segue) la possibilità del cumulo alternativo.*

Una diversa ricostruzione in chiave "puramente processuale" del nesso di alternatività fra le domande cumulate, che rifiuti la premessa per cui il *cumulo*



alternativo trovi il proprio ambito di applicazione<sup>11</sup> esclusivo<sup>12</sup> nel fenomeno del *concorso* alternativo tra azione e diritti sottesi, può offrirci una ulteriore prospettiva di

<sup>11</sup> Come suggerisce G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 276 ss., che innanzitutto esclude la correttezza dell'impostazione comune a molti Autori, secondo cui il cumulo alternativo, nella sua forma assoluta (per restare nella dicitura chiovendiana) si fonda sul concorso alternativo tra azioni (questo presupposto ci sembra comune anche alla sopra riportata impostazione di Menchini). Gli esempi tradizionalmente recati 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 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). In tal proposito E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 58 ss., 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., *Passeggiate 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 condizionale). Tornando alla trattazione di Tarzia, la spiegazione in termini processuali del fondamento del cumulo alternativo attraverso lo schema del condizionamento reciproco delle domande trova giustificazione – e replica alle obiezioni sulla incertezza dell'oggetto del giudizio che ne deriverebbe secondo alcuni – nella prospettazione di E. ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 73 ss., sulla distinzione tra rapporto processuale generico e rapporto processuale di merito, per cui il reciproco condizionamento delle domande proposte in via alternativa, che Chiovenda riferiva all'ipotesi del cumulo "assoluto", implica che non vi sia alcuna incertezza sull'esistenza del primo (il giudice dovrà sicuramente decidere) ma solo sul secondo (non si conosce sin da subito su quale delle due pretese il giudice dovrà decidere, ma sicuramente una volta sciolto il dubbio, la seconda domanda sarà soggetta ad una «*revoca in anticipo*», secondo Allorio). Proprio la critica fondata sull'incertezza dell'oggetto del giudizio a causa del condizionamento reciproco delle domande ha indotto gli Autori, *in primis* i tedeschi, ad ammettere che solo una domanda possa essere condizionata, ma che almeno l'altra debba essere proposta senza alcuna riserva «perché solo in tal modo il giudice saprebbe con sicurezza su che cosa deve giudicare» (Tarzia, 279). Tale osservazione indurrebbe a tollerare esclusivamente un cumulo eventuale o condizionale, attraverso cui la parte impone una precisa gradazione alla decisione e almeno determina un sicuro oggetto della decisione. Nel corso del ragionamento, poi, T. accantona la teoria del doppio condizionamento – che pure aveva ritenuto «logicamente corretta» (278) – perché non davvero adatta alla «ristretta porzione della realtà processuale» in cui sono confinate le poche ipotesi di cumulo alternativo, nella ricostruzione dell'Autore (sebbene ribadisca che quello schema sarebbe senz'altro congruo qualora il cumulo alternativo venisse concepito in confini meno limitati). In sintesi il doppio condizionamento fa sì che solo una delle due domande venga infine decisa nel merito, dovendo il giudice invece rigettare l'altra in rito; ma in generale la struttura decisionale del cumulo condizionale, anche senza reciproco condizionamento, non si adatta, secondo Tarzia, al cumulo alternativo, che non è condizionale, ma è anzi pieno e assoluto, nel senso che le due domande sono entrambe pendenti sin dal principio e a tutti gli effetti e sono entrambe soggette a decisione nel merito (286-287).

<sup>12</sup> Facciamo questa precisazione, perché, se in un primo momento l'A. sembra rifiutare *in toto* l'idea che il cumulo alternativo sia la manifestazione processuale del concorso di azioni poste dall'ordinamento a tutela del bene della vita, nel prosieguo del saggio (cfr. spec. p. 291 ss.) si legge che, pur a fronte di una pretesa unitaria riscontrabile in tali ipotesi, anche qui si può configurare un cumulo alternativo, a nulla valendo obiettare che così il giudice avrebbe una impropria facoltà

analisi, che ci avvicina a quella che secondo noi è la soluzione ideale al problema del rapporto tra diritto risarcitorio da perdita di *chance* e credito nascente dal danno “principale”.

Consideriamo che la proposizione alternativa 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* al prossimo paragrafo, con particolare riguardo al cumulo subordinato – la condizione necessaria perché si possa instaurare un cumulo alternativo di domande, senza cadere nell'inammissibile indeterminatezza dell'oggetto del giudizio, si realizza quando le pretese sono incompatibili, nel preciso senso che 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>13</sup>.

Quello che potremmo 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.

Diversi elementi del modello appena descritto di cumulabilità in via alternativa sono rintracciabili nel rapporto tra le domande di risarcimento del danno “principale” e del danno da perdita di *chance*: vi è sicuramente il contesto fattuale comune dato dal fatto che la condotta illecita è unica e da ciò deriva inevitabilmente che il giudice si trovi a fronteggiare la soluzione di questioni analoghe, tra cui spicca quella relativa all'accertamento del nesso causale; e soprattutto una naturale incompatibilità tra le due pretese, ma precipuamente nel senso che l'accoglimento di quella “principale” impedisce l'accoglimento della domanda fondata sulla perdita di *chance* (sulla base delle ragioni che vedremo).

In termini concreti 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

di scelta del *thema decidendum*. Certo deve essere ben chiaro che si tratta di una ipotesi distinta dalle altre di cumulo alternativo, rispetto alla posizione assunta dal giudice. «Qui infatti, se l'istruzione può svolgersi anche su tutte le pretese concorrenti, la decisione può aversi su una sola, se la prima esaminata viene accolta, perché tale pronuncia esaurisce il giudizio col pieno soddisfacimento della parte istante. Le singole pretese sono dunque in questo caso veramente assoggettate, quanto alla decisione nel merito, alla condizione, ciascuna, che l'altra non sia già stata accolta».

<sup>13</sup> Così G. TARZIA, *Appunti*, cit., 284.

proposte in cumulo alternativo (per l'oggetto<sup>14</sup>) 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).

Le domande alternative esistono in un rapporto di «mutua esclusione», 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>15</sup>.

Se tutto ciò è vero, come crediamo che sia, non ci pare che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* sia alternativa in senso stretto rispetto alla domanda di risarcimento del danno principale, ma ne rappresenti 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.

<sup>14</sup> L'ulteriore ipotesi descritta da G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 287 ss., è quella della proposizione di più domande rivolte al medesimo provvedimento ma fondate su titoli alternativi. Non sorgono particolari interrogativi quando l'attore deduce in alternativa più titoli derivanti dallo stesso complesso di fatti, ma pur sempre a sostegno del medesimo *petitum* immediato; secondo l'A., più complicata è la situazione di una domanda unica nell'oggetto, ma fondata su fatti diversi e incompatibili, il che può riflettere una difficoltà per l'attore di provare gli uni o gli altri fatti (nel nostro caso dovremmo immaginare che la domanda di risarcimento del danno sia unica, ma l'attore decida di fondarla su due giustificazioni alternative, di cui una riferita alla *chance* perduta). È vero che, come per il cumulo alternativo per l'oggetto anche in caso di alternatività dei titoli, il problema è sempre quello di chiedersi se il cumulo alternativo cagioni indeterminatezza dell'oggetto e quindi incertezza del *thema decidendum*. Chiaramente la risposta, nel caso della posizione di più titoli alternativi, è modulabile a seconda di quale concezione di individuazione della domanda si voglia condividere: Tarzia era molto chiaro nel sostenere che questa si individua sia attraverso il *petitum* che attraverso la *causa petendi*, per cui la domanda avrà un contenuto incerto non solo quando i *petita* siano alternativi, ma pure quando siano dedotti più fatti costitutivi tra di loro alternativi; deduzione alternativa, peraltro, inammissibile quando la scelta della pretesa su cui decidere è rimessa (altrettanto inammissibilmente) al giudice. Scrive l'A.: «tale situazione di cumulo vietato si verifica [...] quando vengono proposti nel processo alternativamente più fatti del tutto eterogenei, che danno luogo a pretese solo casualmente coincidenti nel risultato, ma liberamente cumulabili o esercitabili in separati processi; non, invece, quando le affermazioni di fatto, recate a motivazione della domanda, siano tratte da un medesimo complesso di eventi, e siano tra loro confliggenti in modo tale che dalla soluzione di una medesima questione risulti la verità di un fatto e la falsità dell'altro, o almeno resti esclusa la verità di un fatto ed accertato un elemento dell'altro fatto costitutivo dedotto in alternativa», secondo i medesimi criteri validi per l'alternatività fra oggetti (290-291).

<sup>15</sup> Sono sempre le parole di G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 286.

C'è un ulteriore argomento che, secondo noi, 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, abbiamo sempre definito “principale”.

Poiché tutte le domande alternative sono destinate ad essere esaminate nel merito, anche se una sola poi potrà essere accolta<sup>16</sup>, noi crediamo sconveniente per l'attore sottoporre alla cognizione alternativa del giudice (e così lasciandogli libera scelta, senza imprimere un ordine di preferenza) due domande, di cui una (quella che secondo noi è “ausiliaria”) recante il “sospetto” dell'infondatezza dell'altra (“principale”, in quanto volta ad ottenere la massima soddisfazione possibile del bene giuridico tutelato), 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 nel primo capitolo – qualunque sia la prospettiva accolta, il concetto di possibilità di un risultato resta fatalmente ancorato al risultato che si intendeva raggiungere).

*2. Sulla configurabilità di un cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno “principale” alla salute e quella di risarcimento del danno da perdita di chance.*

Abbiamo compreso a questo punto come, a nostro avviso – e nei casi di *chance* in veste di situazione giuridica tutelabile –, l'affermazione secondo cui la domanda di risarcimento del danno da occasione perduta sia astrattamente proponibile in via autonoma può risultare poco soddisfacente, poiché mette da parte il contesto in cui quella domanda può emergere.

È certamente vero – e già lo avevamo accennato – che vi sono fattispecie in cui la perdita di *chance* individua l'unico pregiudizio sofferto dal soggetto danneggiato. Troviamo 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 un concorso interno per una promozione.

Nell'ambito della responsabilità sanitaria abbiamo raggiunto 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”.

L'accostamento tra domande è tecnicamente nel vocabolario processualcivilistico un cumulo di cause, concentrate così nell'unico contenitore processuale. Si è visto, nel paragrafo precedente, che non sarebbe peregrina l'idea di concepire un cumulo alternativo (nella ricostruzione proposta da G. Tarzia) tra le due domande in parola.

Ciò nondimeno spiegheremo come l'assetto processuale in cui ci pare preferibile calare la domanda avente ad oggetto la perdita di *chance* sia quello del cumulo

<sup>16</sup> Così espressamente, nelle pagine finali di sintesi, G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 301.

condizionale subordinato o eventuale (e non invece alternativo, per le ragioni *supra* analizzate), attraverso cui l'attore condiziona la decidibilità nel merito della domanda subordinata al rigetto della domanda proposta in via principale<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> L'opera di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, tomi I e II, Padova, 1985, *passim*, sarà nostro punto di riferimento e fonte di ispirazione per tentare di ricostruire i possibili modelli di giudizio aventi ad oggetto il ristoro della perdita di *chance*, a cominciare dalla nota n. 1 della Introduzione, in cui l'A. ci illustra la distinzione fra i tre tipi di cumulo condizionale: «il cumulo “successivo” o (condizionale in senso stretto), in cui un'azione è proposta sotto condizione che un'altra sia stata previamente accolta; il cumulo “eventuale” (o subordinato), che si ha quando un'azione è proposta per l'evento che l'altra sia respinta; il cumulo “alternativo”, nel quale più azioni sono proposte perché o l'una o l'altra sia accolta» (si faccia attenzione anche ai riferimenti bibliografici agli Autori italiani e tedeschi a cui si deve tale partizione). Il cumulo condizionale deve essere tenuto ben distinto dal cumulo per così dire “successivo” che si realizza a fronte della contestuale pendenza di due cause legate da un nesso di pregiudizialità-dipendenza (su questo punto, v. il cap. II, parte II, tomo I dell'opera, 283 ss., con un *excursus* sul fenomeno della dipendenza tra cause).

La prima parte del lavoro monografico è volto ad argomentare la critica rivolta alla sistemazione che il cumulo condizionale ha ricevuto da parte della letteratura tedesca, che aveva approfondito il complicato tema prima degli studiosi italiani (per le differenti ricostruzioni proposte dai vari Autori della dottrina germanica si rimanda al testo, spec. p. 27 ss.). Il risultato era un sistema imperniato sullo strumento della condizione risolutiva apposta alla litispendenza della domanda eventuale, nel senso che la pendenza di tale domanda si riteneva immediata e piena sin dalla instaurazione del rapporto processuale, pur se risolutivamente condizionata al passaggio in giudicato della pronuncia di accoglimento o rigetto della domanda principale. Come ci spiega Consolo (cfr. p. 62 ss.) la prima incongruenza di siffatta impostazione si scorge nel fatto che il meccanismo della condizione risolutiva non soddisfa le esigenze che inducono l'attore ad optare per il cumulo condizionale e cioè ad imprimere una graduazione fra le pretese azionate in giudizio: «nulla infatti precluderebbe al giudice – alla stregua di tale ricostruzione del funzionamento del nesso di condizionalità – di dare innanzitutto una decisione alla domanda proposta in via condizionale, stante la sua immediata, piena litispendenza; ciò, almeno, nei casi in cui gli eventuali nessi di diritto sostanziale fra le due domande consentano che la decisione della seconda domanda avvenga anticipatamente rispetto a quella della prima» (64-65). Quest'ultima precisazione si riferisce alle fattispecie (vedremo in che limiti ammissibili) di cumulo condizionale in cui le domande non sono tra loro connesse in termini di pregiudizialità-dipendenza, per cui il diritto oggetto dell'una è elemento costitutivo positivo o negativo del diritto oggetto dell'altra; effettivamente quando ricorre una connessione sostanziale di questo tipo, è impossibile dal punto di vista innanzitutto logico che il giudice decida prima la domanda eventuale. A p. 75 de *Il cumulo condizionale*, l'A. sintetizza efficacemente la sua critica alla tesi della litispendenza risolutivamente condizionata, che effettivamente non risulta funzionale all'obiettivo del cumulo condizionale se non si impone contestualmente al giudice un vincolo sospensivo della sua potestà decisoria sulla seconda domanda. Se «l'unico limite che il giudice dovrà osservare sta nell'impossibilità di una decisione sulla seconda domanda *dopo* che una determinata decisione della prima sia passata in giudicato» allora il periodo antecedente la decisione sulla prima domanda, come quello intercorrente fra la pronuncia di tale decisione ed il suo passaggio in giudicato resta essenzialmente scoperto. È inammissibile, peraltro, che l'evento condizionante sia, come ritiene la dottrina tedesca, il passaggio in giudicato della prima decisione: Consolo evidenzia come tale concezione fosse funzionale all'intera ricostruzione della litispendenza risolutivamente condizionata, nel senso che, ammettendo la cessazione della litispendenza in conseguenza già della pronuncia di primo grado, «non si saprebbe più [...] come recuperare la decidibilità della domanda subordinata in caso di riforma della decisione sulla principale» (così espressamente a pp. 334-335). Alla *pars destruens* segue una ricca *pars construens*, che principia dalla relazione tra rapporto processuale e

In tal modo si dà vita ad 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 respinta: non si tratta propriamente di una espressione del principio dispositivo sostanziale, poiché l'attore anziché limitarsi a

litispendenza, la quale può essere immediatamente e pienamente esistente o ad "intensità ridotta", come nei casi in cui la iniziale carenza di una condizione di trattabilità della causa nel merito sia rimediabile nei modi previsti dall'ordinamento (si pensi all'ipotesi in cui, notificato l'atto di citazione nei confronti soltanto di alcuni litisconsorti necessari, debba attivarsi il meccanismo di integrazione del contraddittorio di cui all'art. 102 c.p.c.). Qui si può solo accennare – rinviando per ogni approfondimento al secondo capitolo de *Il cumulo*, I, dove si indaga la nozione di rapporto processuale nella dottrina tedesca, fra rito e merito, e con pagine fondamentali per lo studio dell'oggetto del giudizio – che l'A. avverte il lettore delle perplessità nutrite verso un ricorso indiscriminato alla figura del rapporto processuale, che potrebbe essere utilmente sostituita dalla "funzione giurisdizionale" non astrattamente intesa, bensì frutto della concreta relazione fra il giudice e la causa, a partire dalla nozione chiovendiana di litispendenza in senso ampio (che G. CHIOVENDA aveva illustrato nel suo *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 376 ss.). Ciò detto, a partire da p. 127, si dipana uno dei punti chiave per la costruzione della tesi che Consolo propone per spiegare il cumulo condizionale di cause. È cruciale il richiamo alle pagine di 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.), 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. LUISO, *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, 2, 43 ss., il quale, però, per spiegare l'assorbimento della seconda domanda in caso di accoglimento della prima, ricorre alla figura dell'interesse ad agire, rifiutando così l'idea di un'attività processuale condizionata). Con parole nostre 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. 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.

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>18</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>19</sup>.

La nostra propensione sarà dunque nel senso di applicare il modello astratto del cumulo condizionale alla domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* nelle cause di responsabilità sanitaria, che, come detto, rappresentano le fattispecie risarcitorie in cui la *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza assume i contorni di una situazione giuridica tutelabile e dove la domanda avente ad oggetto la *chance* perduta ci sembra potenzialmente “concorrente” (si chiarirà in che termini) con la domanda risarcitoria “principale”.

Immaginiamo che potrebbe essere di una qualche utilità per gli eredi del danneggiato 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

<sup>18</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>19</sup> Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, I, 319-320, il quale 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 il fatto che 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».

da perdita di *chance* di sopravvivenza, condizionandone la decisione nel merito al rigetto della prima domanda<sup>20</sup>.

Più precisamente, l'evento condizionante potrebbe essere ulteriormente circoscritto nel senso di condizionare la decidibilità (e quindi la trattazione<sup>21</sup>; ma v. quanto si dirà *infra* nel paragrafo 4.2. sul condizionamento della domanda risarcitoria da perdita di *chance* di sopravvivenza nelle liti sanitarie rinnovate 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>22</sup>, qui intendiamo dire, se possibile, che oggetto della condizione sia la soluzione negativa di una questione (il nesso di causalità) che inevitabilmente fonderà una decisione di rigetto della domanda "principale".

In altre parole vorremmo dire che l'evento condizionante possa consistere in un rigetto nel merito per una ben determinata ragione di infondatezza.

Così 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

<sup>20</sup> Non siamo sicuri che i congiunti del paziente potrebbero proporre una domanda di risarcimento del danno da perdita anticipata del rapporto parentale e, in cumulo subordinato, quella di ristoro del danno da perdita della *chance* di godere più a lungo del rapporto con il familiare. È ragionevole ritenere che questa *chance* non incarni una situazione giuridica (neppure atipica) suscettibile di ricevere la tutela da parte dell'ordinamento, come invece crediamo che sia rispetto alla *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza che, in ultima analisi, corrisponde alla *chance* di godere il più a lungo possibile del bene salute.

<sup>21</sup> Ci chiediamo 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>22</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 di "sondaggio" favorevolmente conclusosi». 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.



per la ragione che non si è dimostrato 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 abbiamo già descritto nel primo capitolo: se non si riesce a dimostrare che la condotta del medico ha cagionato il decesso del paziente, perché quell'esito negativo si sarebbe comunque verificato, non è detto che non si possa dare prova del fatto che l'errore o l'omissione colpevole abbiano quantomeno accelerato il decorso causale e così ridotto più o meno significativamente (dove il "più o meno" inciderà sulla quantificazione) il periodo di sopravvivenza precedente alla morte.

Si riflette, insomma, nel cumulo condizionale che qui vogliamo proporre, 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 si riferisce alla medesima condotta illecita (la quale, poi, viene inserita in due sequenze causali non coincidenti, in quanto l'una culminante nella lesione del bene-salute e l'altra nell'offesa arrecata al bene-*chance*).

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 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>23</sup> – la domanda subordinata di risarcimento del danno da

<sup>23</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. 3 l. 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 (invero più di qualche dubbio sorge in ordine alla formulazione di tale norma, poiché non si comprende come la condotta del medico che abbia seguito le linee guida o le buone pratiche possa essere tacciata di imperizia). 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

perdita di *chance* resterà assorbita e ancora eventualmente decidibile nel merito (con le conseguenze che conosciamo anche in punto di devoluzione alla cognizione del giudice di appello della domanda assorbita, o meglio secondo la dicitura dell'art. 346 c.p.c., non accolta).

Se, invece, l'evento condizionante non venisse così delimitato, qualunque pronuncia di rigetto – anche fondata sulla decisione di elementi comuni ad entrambe le domande, come, nell'esempio fatto, quello relativo al rispetto da parte del medico delle linee guida prescritte per il caso di specie – farebbe “risvegliare” il potere del giudice di decidere nel merito la domanda subordinata, che verrebbe così consumata definitivamente.

Lo schema proposto non è esente da critiche, specialmente in punto di opportunità del cumulo in forma subordinata come strategia processuale.

In parole povere 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 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.

Questo argomento vale soprattutto se si osserva che il condizionamento potrebbe non riuscire ad evitare che il giudice avvii la trattazione del merito della domanda subordinata contestualmente a quella del merito della causa principale. In un contesto in cui è ormai raro (e cioè previsto nei soli casi tassativi di cui all'art. 50-*bis* c.p.c.) lo scambio tra giudice istruttore monocratico e giudice collegiale della decisione, è davvero difficile immaginare che il giudice unico della causa, chiamato sia ad istruirla che a deciderla, non affronti congiuntamente le due domande cumulate; diciamo questo perché riteniamo che tendenzialmente il giudice che intuisca il presumibile esito di infondatezza della causa principale, avrà convenienza ad istruire immediatamente nel merito anche la domanda subordinata (e sul condizionamento anche in punto di trattazione della domanda subordinata vedi quanto si dirà nell'ultimo paragrafo del presente capitolo).

Del resto la trattazione contestuale è quasi inevitabile in casi in cui tra le domande vi è una certa connessione sostanziale, tale per 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

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).

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>24</sup>.

Vedremo *infra* al par. 4 come il cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno principale e del danno da perdita di *chance* trovi, secondo noi, 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 tali aspetti legati allo svolgimento dell'istruttoria delle cause cumulate in via subordinata, vi sono almeno due profili che dobbiamo ancora prendere in esame: 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.

#### *2.1. 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 stata 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 (tendenzialmente) antitetiche dell'altra parte del giudizio»<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Non avremmo potuto esprimerci meglio di C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 354-355, il quale spiega altresì che le prove attinenti alla sola domanda subordinata che poi venga assorbita non potranno assumere alcun rilievo (se non come argomenti di prova meramente sussidiari) in un giudizio in cui la domanda fosse eventualmente riproposta.

<sup>25</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 *Litisconsorzio alternativo passivo*, cit.) aveva immaginato di concedere al convenuto la possibilità di proporre, in via riconvenzionale, una

Il dibattito, che interessò soprattutto gli Autori tedeschi<sup>26</sup>, dapprima arroccato su tesi rigoriste – secondo cui potessero abbinarsi in regime di cumulo condizionale soltanto domande reciprocamente incompatibili o concorrenti –, si era poi sbilanciato verso posizioni più indulgenti e permissive che addirittura, non condivisibilmente, avevano tentato di fare a meno di un qualsiasi riferimento funzionale al rapporto sostanziale tra le domande.

L'orientamento poi prevalso e definito “intermedio” richiede 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>27</sup>.

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*.

<sup>26</sup> E che è magistralmente riportato e discusso da C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 355 ss., spec. 372 ss., e ancora nel tomo II, 571 ss.

<sup>27</sup> Così efficacemente scrive 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 C. 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. 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).

Poste tali premesse sull'ammissibilità del cumulo condizionale in generale, riteniamo che il caso di specie alla nostra attenzione rispetti le condizioni che abbiamo appena sintetizzato.

In particolare sussiste una comparabilità tanto tra i titoli – perché la situazione di fatto da cui si originano entrambe le domande è 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* liquidato, come abbiamo 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 avevamo 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 ci aveva indotti a ricercare un'altra soluzione che, secondo noi, è rinvenibile proprio nel cumulo condizionale.

Ora dobbiamo fare attenzione ad un 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, quest'ultima resterà assorbita.

La definizione della causa con una pronuncia di mero rito e cioè di assorbimento implica che, in teoria, quella domanda potrebbe essere nuovamente proposta in un successivo ipotetico giudizio.

Invero il problema non dovrebbe neppure porsi, poiché possiamo 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 la domanda assorbita ai sensi dell'art. 346 c.p.c.<sup>28</sup>.

<sup>28</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 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. A costo di risultare monotoni, ci pare più che esauritiva la trattazione del tema da parte di C. CONSOLO, *Il cumulo*, II, cit, 756 ss., spec. 769 ss. e ancora 792 ss. (poi confluita nella mirabile sintesi delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 437 ss.), ove l'A. ci spiega che una rigorosa spiegazione 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

Eppure non si può ignorare, almeno a fini puramente speculativi, l'eventualità 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

principio del c.d. effetto devolutivo "allargato" del gravame». Tale principio rimasto praticamente inespresso a livello normativo deve essere coniugato con la previsione, valida almeno per l'appello, dell'art. 346 c.p.c. sull'onere di riproposizione dei capi assorbiti (ma v. i riferimenti bibliografici contenuti a p. 771 nota n. 162 alla opinione autorevolmente espressa da alcuni Autori, tra cui specialmente Mortara, Chiovenda, Liebman, nel senso che, nel caso di cumulo condizionale, la domanda subordinata assorbita verrebbe automaticamente devoluta alla cognizione del giudice di appello, senza che operi l'art. 346), nella misura in cui – a fronte della impugnazione da parte del convenuto in primo grado della pronuncia sulla domanda principale che lo ha visto soccombente, il capo dipendente assorbito non potrà dirsi passato in giudicato per acquiescenza c.d. presunta. Su quel capo tecnicamente nessuna delle parti potrà dirsi soccombente, per cui l'art. 329 non viene in rilievo. Nel caso di dipendenza in esame, neppure l'art. 336 co. 1 c.p.c. può utilmente essere applicato: se la pronuncia di primo grado è stata riformata (o quella di appello, cassata) nel nostro esempio vorrebbe dire che l'iniziale accoglimento della domanda risarcitoria principale si è convertito in un rigetto, tale da far venire meno il presupposto stesso della pronuncia di rito di assorbimento della domanda dipendente. A nulla varrebbe prevedere la caducazione in via espansiva dell'assorbimento, perché all'atto pratico nulla muterebbe negli effetti. In ultima analisi si realizza un effetto devolutivo automatico "allargato", ma «affinché la loro già avvenuta automatica devoluzione non rimanga all'atto pratico inefficace a seguito della (assoluta) presunzione di loro rinuncia, ivi è posto un requisito modale [ad avviso di Consolo] necessario anche per la efficacia devolutiva "esterna"» (così espressamente a p. 796). Per «requisito modale» deve intendersi che, seppure con riguardo alle domande assorbite non vi sia l'onere di appello incidentale (sul rapporto tra appello incidentale e riproposizione, non potendo qui nemmeno accennarvi, si rinvia al recente contributo 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 nostra indagine, segnaliamo che recentemente la giurisprudenza di legittimità, con decisione di Cass. SS.UU. n. 7940 del 21 marzo 2019, 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. n. 29499 del 7 dicembre 2017, da F. GODIO, *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. L'A. specifica che la riproposizione di domande ed eccezioni assorbite per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni si rivela «certamente lesiva del diritto di difesa ed al contraddittorio delle parti verso cui tali domande ed eccezioni si indirizzano», non tanto in relazione alla possibilità di argomentare l'infondatezza della domanda o eccezione riproposta (attività che potrà essere agevolmente svolta in comparsa conclusionale). Il vero *vulnus* del diritto di difesa della controparte consisterebbe nell'impossibilità per questa di riproporre a sua volta domande ed eccezioni svolte in primo grado e rimaste assorbite.

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?

Abbiamo già tentato di spiegare 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 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, a nostro avviso, è preferibile la prima, poiché rappresenta l'unica via che permette di ritenere consumato il potere di agire in giudizio senza passare per la giustificazione che dovrebbe sorreggersi sui limiti oggettivi del giudicato e sulla sua efficacia positivo-conformativa sui diritti dipendenti.

La soluzione della declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse ad agire ci pare coerente con una situazione in 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>29</sup>.

*3. La possibilità del cumulo sopravvenuto (subordinato o necessariamente alternativo?): la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance come domanda "complanare".*

<sup>29</sup> Procedendo per analogia con le ipotesi delineate da C. CONSOLO, *Il cumulo*, II, cit., 799 ss., dovremmo 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 decisivo 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. Qui egli avrà interesse ad impugnare solo il capo che ha deciso in senso sfavorevole sulla domanda principale, confidando nel fatto che comunque anche la domanda subordinata sulla perdita di *chance* verrà automaticamente devoluta alla cognizione del giudice d'appello, il quale – 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. 802-803); e se invece confermerà il rigetto della domanda principale, dovrà comunque riesaminare anche la domanda subordinata ed eventualmente ritenere di accoglierla.

Dobbiamo 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 domanda – che, all'esito delle nostre ultime riflessioni, possiamo definire sussidiaria – 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. 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. Al di là di tali due ipotesi, l'attore potrà solo precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate, nell'apposita memoria di cui all'art. 183 co. 6 n. 1).

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 "modificazione", alla cui distinzione (sì affermata dal dato positivo, ma sempre apparsa incerta) la dottrina ha cercato di trovare alcune plausibili giustificazioni<sup>30</sup>.

<sup>30</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*, Milano, 1947, 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*, Padova, 1975; 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 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



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 essenziale al fine di delimitare l'oggetto del giudizio (diversamente ha un certo rilievo nella valutazione di fondatezza della pretesa), per cui l'attore può spendere nella prima memoria dell'art. 183 co. 6 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* include il fatto costitutivo da allegare, che ha perciò forza 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 comporta 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. SS.UU. n. 12310 del 15 giugno 2015, 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

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, *Mutatio 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. “conseguenziali”, 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).

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>31</sup>; definire quali siano esattamente le domande modificate – conservandone l'autonomia concettuale e pratica rispetto 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>32</sup> (ma v. *infra* che le sezioni unite del 2018 hanno rivisto tale conclusione, escludendo che la proposizione della domanda complanare debba necessariamente comportare la rinuncia della domanda originaria).

Con una sorta di adattamento della geometria euclidea al campo processuale, un Autore ha già da tempo sottilmente proposto la efficace definizione di domande “complanari”, ove la “complanarietà” è forse più calzante rispetto alla “alternatività” per definire il rapporto tra le domande in esame<sup>33</sup>.

<sup>31</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».

<sup>32</sup> Cfr. il testo di Cass. SS.UU. n. 12310/2015, spec. pp. 18-19.

<sup>33</sup> Ci riferiamo a 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 decisamente 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.* 1/1993, 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, nelle sue *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 232 ss.; e A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., spec. 585 ss., che pure affronta il tema e ragiona sugli approdi della giurisprudenza di legittimità.

La domanda “complanare” dunque 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>34</sup> che 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 domanda principale, dopo aver “scalzato” quella dapprima proposta<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Si deve fare attenzione, però, a non confondere la *causa petendi* come elemento individuatore della domanda e il “bene della vita” sotteso, identificato nella “vicenda sostanziale” in cui tale bene è coinvolto. Perciò, secondo noi, non è da condividere il rilievo di R. MURONI, *comm. sub art.* 183, in C. CONSOLO, (diretto da) *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. n. 9333 del 9 maggio 2016, 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. n. 4051 del 1° marzo 2016, 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>35</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 «da 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 ss., in nota a Cass. SS.UU. n. 22404 del 13 settembre 2018, 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 (con argomenti su cui ci sentiamo di concordare) 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. Preferiamo aderire alla 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). Si segnala infine per completezza anche il commento alla ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 2096 del 30 gennaio 2014 di R. MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della cassazione in tema di mutatio libelli*, in *Resp. civ. prev.* 2/2014, 507 ss. (vi era pure una precedente ordinanza interlocutoria n. 19148 del 2013, a cui poi ha fatto seguito in senso favorevole la decisione delle sezioni unite dell’11 aprile 2014, n. 8519, relativa alla questione della proponibilità della domanda di risarcimento del danno contestualmente alla modifica della originaria domanda di condanna all’adempimento in domanda di risoluzione e annotata in *Giur. it.* 7/2014, 1619 ss. da E. D’ALESSANDRO, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell’art. 1453, 2° co. c.c.*), la quale però riteneva che la nuova domanda, certamente mutata rispetto a quella originaria – in quanto «viene allegato questo nuovo fatto che integra la diversa fattispecie traslativa rispetto a quella originaria del preliminare proprio» non potesse definirsi nuova, «poiché il diritto soggettivo – e con esso il “bene della vita” [...] resta unico». In adesione alla impostazione della giurisprudenza di legittimità, riteniamo che si tratti di una domanda modificata nei suoi elementi identificativi (*petitum* e/o *causa petendi*) e quindi a tutti gli effetti nuova; con la precisazione che non è domanda nuova ammessa nei limiti di cui all’art. 183 co. 5 c.p.c., che sarebbe meglio definire come “domanda aggiunta non alternativa” rispetto a quella originaria [secondo E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio*, cit., 820, l’argomentazione della Corte è forzata: «meglio è ammettere apertamente che l’autorizzazione alla domanda nuova “alternativa” non può ricavarsi se non dai principi o, come si esprime la sentenza, da superiori esigenze “valoriali” (l’economia processuale, l’effettività della tutela giurisdizionale, la ragionevole durata del processo, la stabilità delle decisioni giudiziarie, la stessa intrinseca giustizia delle regole

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 n. 22404 del 13 settembre 2018<sup>36</sup>, pronunciandosi in merito al rapporto 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>37</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

processuali)». Il riferimento al "bene della vita" secondo noi non è il più opportuno: o meglio è calzante nella misura in cui lo si intenda come "utilità finale perseguita con l'azione giudiziale" e non in rapporto d'identità con il diritto soggettivo oggetto della domanda. Di R. MURONI, v. anche il *comm. sub* art. 183, in L. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI e R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, I, 2013, 311 ss.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> C. CONSOLO e 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 complanarietà 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 complanarietà, 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 alcuno 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 (273-274).

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>38</sup>.

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 condividiamo il rilievo per cui, in tali ipotesi, l'attore deve 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>39</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.

Abbiamo già sostenuto (cfr. *supra* nel cap. II, par. 3) che, pur quando l'episodio della vita in cui si è inserito il fatto illecito generatore del danno sia unico, qualora siano individuabili distintamente pregiudizi riferibili a diversi interessi oggetto di tutela, i diritti risarcitori azionabili in giudizio debbano considerarsi distinti.

Secondo noi, con particolare riguardo alle ipotesi di responsabilità sanitaria su cui da ultimo ci stiamo concentrando, la *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza rappresenta un bene suscettibile di costituire oggetto esclusivo della cognizione del giudice, sebbene sia innegabile un certo grado di connessione – diremmo per comunanza della vicenda sostanziale di fondo – con il 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 autonoma pure la relativa

<sup>38</sup> Così C. CONSOLO e F. GODIO, *op. ult. cit.*, 270-271.

<sup>39</sup> Così giustamente C. CONSOLO e F. GODIO, *op. loc. ult. cit.*, spec. par. 5. Appare chiaro anche a noi 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)».

domanda<sup>40</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 troviamo 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 secondo noi ad un diverso credito è autonomamente proponibile: ciò premesso, non viene qui in rilievo alcun problema di frazionamento dell'unico credito e di abuso del processo.

Sarà opportuno che il danneggiato valuti la convenienza in termini di strategia processuale a cumulare in un giudizio unico le due domande di risarcimento del danno, di modo da avere una *chance* (!) in più di successo<sup>41</sup>; e si tratterà, a nostro avviso per le ragioni spiegate, di un cumulo subordinato invece che alternativo.

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., quale domanda sì nuova, ma complanare e perciò cumulabile successivamente all'introduzione del giudizio.

Il cumulo, anche quando sopravvenuto, sarà per noi 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, ai fini delle nostre tesi, 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 complanare del rapporto tra le pretese, 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* inferiore rispetto a quello che l'attore otterrebbe dall'accoglimento dell'azione “principale”.

<sup>40</sup> Ma con la precisazione che la pronuncia di Cass. n. 5641/2018 ha rifiutato di aderire alla teoria ontologica riconoscendo l'autonomia della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* nella fattispecie peculiare di irresolubile incertezza dell'evento di danno.

<sup>41</sup> Ci scusiamo per quella che potrebbe sembrare una vera e propria provocazione: ma ci viene in mente che il danneggiato potrebbe addirittura imputare all'avvocato di non aver tentato tutte le strade possibili al fine di ottenere la soddisfazione del suo interesse, per non avere proposto oltre alla domanda di risarcimento del danno “principale” anche la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* (certo dovrebbe fornire la non facile dimostrazione, stando alla posizione della giurisprudenza di legittimità sul punto, che – proposta quella seconda domanda – avrebbe avuto ragionevoli probabilità di vedersela accogliere dal giudice).

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 specificheremo a breve in ordine agli eventuali ostacoli “pratici”) alla qualificazione della domanda avente ad oggetto il credito da *chance* perduta come domanda “complanare”, dunque proponibile fino alla prima memoria dell'art. 183 co. 6 c.p.c., 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>42</sup>.

*3.1. (segue) la compatibilità del cumulo subordinato (anche eventualmente sopravvenuto per complanarietà) con il rito sommario di cognizione, che oggi è sede elettiva delle liti sanitarie.*

In concreto, dato che abbiamo 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 potrebbe assumere, specialmente alla luce delle modifiche apportate sullo svolgimento del rito dal legislatore della l. n. 24/2017.

<sup>42</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 immaginiamo possa accadere in una lite vertente sulla responsabilità del medico, per cui emerge 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.



L'art. 8 di questa legge<sup>43</sup> prevede che – una volta soddisfatta la condizione di procedibilità consistente nella proposizione del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*<sup>44</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 ai sensi e nelle forme dell'art. 702-*bis* c.p.c., nell'eventualità in cui la conciliazione sia fallita o comunque la procedura non si sia conclusa nel termine previsto di sei mesi dal deposito del ricorso *ex art. 696-bis* o dalla domanda di mediazione<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Di cui conviene avere il testo a portata di mano: «1. Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente. 2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento. 3. Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-*bis* del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile. 4. La partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione».

<sup>44</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>45</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.

Tanto basta a farci 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” rischia di essere meno rilevante del previsto, a meno di non voler smentire la effettiva praticabilità della via (del sommario di cognizione) prescelta dal legislatore, nelle intenzioni di snellire lo svolgimento delle liti sanitarie (partendo dal presupposto che l’istruzione possa essere sommaria – nel senso di “semplificata” –, ma ferma restando una cognizione piena<sup>46</sup>).

Intendiamo dire che, poiché gli artt. 702-*bis* e ss. concepiscono un procedimento “alleggerito” rispetto al rito ordinario di cognizione, e così naturalmente privo dello scambio di memorie di cui all’art. 183 co. 6, non vi sarebbe lo spazio per realizzare un cumulo successivo tramite la proposizione di una domanda (pur) “complanare”, salvo quello ancor più primordiale dell’udienza.

Invero un siffatto modello procedimentale non si adatta ad un processo complesso (oggettivamente e/o soggettivamente), dal momento che la compresenza di più cause o più di due parti complicherebbe inevitabilmente l’attività istruttoria e l’*iter* necessario al giudice per addivenire ad una decisione.

Pertanto, nel caso in cui l’attore presunto danneggiato dovesse optare per la proposizione contestuale delle due domande risarcitorie (e ammettiamo che voglia rivolgersi solo nei confronti della struttura sanitaria<sup>47</sup>, poiché altrimenti il “carico” di

<sup>46</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).

<sup>47</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

domande si duplicherebbe) – senza considerare l'ipotesi, oggi disciplinata dall'art. 12 della l. n. 24/2017, di esercizio dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione del danneggiante<sup>48</sup> – va da sé che il rito sommario di cognizione non sarà sufficiente a contenere la trattazione della causa e il giudice riterrà presumibilmente necessario disporre la conversione nel rito ordinario di cognizione, e così la fissazione dell'udienza *ex art.* 183, ai sensi di quanto previsto dall'art. 702-*ter* co. 3 c.p.c.<sup>49</sup>.

A ben poco vale argomentare nel senso che l'acquisizione al giudizio della relazione già svolta e depositata dal consulente tecnico (chiaramente nei casi in cui si fosse

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 comporterà 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).

<sup>48</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 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 danneggiato-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>49</sup> Come scrive efficacemente A. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, 364 ss., «v'è un rapporto di proporzionalità inversa tra procedimento sommario e *simultaneus processus*: quanto più il giudizio si complica attraverso cumuli oggettivi o soggettivi [...] tanto meno il procedimento sommario risulterà esperibile, rendendosi necessaria una trattazione e un'istruzione non sommarie, se non per tutte le domande oggettivamente o soggettivamente cumulate, almeno per alcune di esse». Pertanto sarà auspicabile che, ove ne sussistano i presupposti, il giudice eserciti il potere che gli riconosce l'art. 702-*quater*, co. 4, c.p.c. di separare le cause, «mutando il rito solo per quelle cause che effettivamente postulino *ampliorem indaginem*».

optato per il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*) dovrebbe assicurare la snellezza della successiva fase giudiziale<sup>50</sup>, poiché, tanto per cominciare, il giudice potrà ritenere necessaria la rinnovazione della consulenza tecnica; o in quella sede preliminare potrebbe essere emersa proprio la rilevanza di un danno da perdita di *chance* in precedenza non contemplato, che l'attore a quel punto avrebbe interesse ad imprimere in una apposita domanda (che si cumulerà, come visto, a quella originaria e sarà proponibile, in regime di "complanarietà", fino alla prima memoria dell'art. 183 co. 6 c.p.c.); 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>51</sup>.

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>52</sup>.

<sup>50</sup> Ha senz'altro ragione A. TEDOLDI, *op. ult. 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 perseguibilità 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 precostituito 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>51</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.

<sup>52</sup> Sul punto ci 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.*

In tale ipotesi l'attore avrà facoltà di abbinare le due domande *ex art.* 103 c.p.c., in quanto tra l'obbligazione risarcitoria (da contratto) della struttura sanitaria, e quella (extracontrattuale) del medico<sup>53</sup> sussiste una connessione almeno per l'oggetto; ma (parzialmente) anche per il titolo, in virtù della unicità del fatto generatore della responsabilità<sup>54</sup>.

4. *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, sul modello dell'art. 696-bis del codice di rito<sup>55</sup>.

Gli Autori hanno già detto molto, in senso più o meno critico, sul testo – «aggrovigliato», a detta di alcuni<sup>56</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 (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 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

*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>53</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 professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

<sup>54</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>55</sup> I contributi dottrinali sull'art. 8 sono già numerosi: si segnalano, oltre a quelli con cui più diffusamente ci confronteremo, 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.*, 2017, 483 ss.

<sup>56</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.

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>57</sup>.

Nondimeno si osserva che, 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 producenti in punto di deflazione dipendono pur sempre dall'effettiva intenzione (e dalla predisposizione che definiremmo addirittura "culturale") delle parti di addivenire ad una composizione stragiudiziale<sup>58</sup>.

<sup>57</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.

<sup>58</sup> Secondo quanto risulta dalle statistiche pubblicate dalla Direzione generale di Statistica e Analisi organizzativa del Ministero della Giustizia (gli ultimi dati rilevati sono aggiornati al 30 giugno 2019, per il periodo a partire dal 1° gennaio), la comparizione personale delle parti è un elemento che contribuisce ad aumentare le *chances* di buona riuscita dell'accordo, con una sensibile differenza di percentuale (in aumento) nel caso in cui le parti accettino di sedersi al tavolo della mediazione anche dopo il primo incontro introdotto con la l. n. 98/2013. Così risulta che nel

La scelta probabilmente più cautelativa degli interessi dell'asserito danneggiato dovrebbe guardare all'a.t.p., anziché alla mediazione, specialmente se – com'è ovvio – egli concepisce tale fase preliminare imposta dal legislatore come mera condizione di procedibilità per l'accesso al processo dinanzi al giudice, al cui svolgimento è davvero interessato.

Una possibile risposta al nostro quesito risiede nella osservazione delle 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-bis*, la cui componente di consulenza tecnica avrebbe scarsa (se non alcuna) utilità<sup>59</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 senz'altro nel profilo relativo alla trasposizione della relazione tecnica nella successiva fase giudiziale.

Sul punto riteniamo 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>60</sup>.

secondo semestre del 2019 il 46,5% delle mediazioni abbia avuto esito positivo, contro il 42,7% del primo trimestre 2015 (dati riferiti alla partecipazione anche dopo il primo incontro). Per quanto riguarda specificamente le cause di responsabilità sanitaria, solo il 13% delle mediazioni va a buon fine (la percentuale sale al 25% se le parti si presentano dopo il primo incontro). Si dovrà vedere quale sarà l'impatto della convivenza tra mediazione e consulenza tecnica-conciliativa e, in particolare, se il numero di domande di mediazione in ambito sanitario diminuirà più o meno significativamente o se, al contrario, la mediazione continuerà ad essere privilegiata rispetto a talune controversie. Sulla mediazione *ex d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010* in generale, v., per tutti, D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (a cura di) *Commentario*, cit.; nonché R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; v. anche le proposte di modifica in materia di mediazione elaborate dalla Commissione presieduta dal Prof. G. Alpa e il cui testo è reperibile su internet (spec. 28 ss.).

<sup>59</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>60</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

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 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>61</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.62.

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. OLIVIERI, *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).

<sup>61</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>62</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.



Ai fini delle nostre riflessioni finali 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 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.* alla 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>63</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>64</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.

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 o addirittura nella morte del paziente ovvero se lo stesso illecito abbia

<sup>63</sup> V. le indicazioni in tal senso di A.A. ROMANO, *comm. sub art. 696-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da) *Commentario*, tomo IV, cit., spec. 393.

<sup>64</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.

causato la “mera” perdita della *chance* di guarigione e quindi di una più lunga sopravvivenza<sup>65</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 quei fatti costitutivi della *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>66</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 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 dovremmo negare la bontà di ciò che avevamo concluso *supra* (al par. 3.1.), riferendo dei caratteri generali del cumulo condizionale, per sostenere 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

<sup>65</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 sul punto nel *comm. sub art. 191*, in C. CONSOLO (diretto da), *Commentario*, cit., 347.

<sup>66</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.

potrebbe svolgersi pure contestualmente e sin da subito secondo le esigenze riscontrate dal giudice.

Per superare questo snodo problematico, dobbiamo allora 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 art.* 702-*bis* c.p.c.

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 (e *in primis* dell'effetto interruttivo permanente, che, ai sensi dell'art. 2943 co. 1 c.c., può scaturire solo dalla notificazione di un atto che introduce un giudizio, che in questo caso è conservativo).

Ancor più rilevante è la circostanza 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”, dovremmo 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>67</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. Siamo costretti allora a tornare sui nostri passi

<sup>67</sup> Si è discusso in ordine all'applicabilità della disciplina della sospensione necessaria *ex art.* 295 o facoltativa 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.

e ad ammettere che, in tale contesto, la soluzione ideale sia quella che contempla la proposizione congiunta delle due domande di risarcimento in cumulo sì condizionale, ma con la specificazione che ad essere condizionata sarà la *decisione* (e non l'*istruzione*) della causa subordinata, così da consentire che, nella fase preventiva, il consulente tecnico possa valutare il quadro complessivo, che – non dimentichiamo – origina pur sempre da una vicenda sostanziale unitaria.

5. *Qualche riflessione conclusiva di sintesi e di raccordo tra diritto sostanziale e processuale.*

Non è semplice condensare in qualche battuta finale i ragionamenti svolti e le poche conclusioni che siamo stati in grado di raggiungere.

Prima che potessimo addentrarci nelle riflessioni di stampo processualistico, è stato necessario individuare e passare in rassegna alcune “variazioni” sui temi legati al danno da perdita di *chance*. Abbiamo tentato di dare conto dei molti significati che questa figura ha saputo contenere e delle contraddizioni che inevitabilmente ne sono derivate, complice l’opera della giurisprudenza di legittimità, sì creatrice ma non sempre in senso univoco.

Così abbiamo immaginato di verificare la tenuta e la coerenza delle diverse impostazioni, a cominciare dalla tesi della perdita di *chance* come criterio di perfezionamento della liquidazione del danno; per poi passare ad approfondire la possibilità di adoperare la perdita di *chance* come regola causale alternativa, consci del fatto che la discussione su questa problematica figura di danno trae origine proprio dalla questione della prova del nesso di causalità.

Non a caso, secondo noi, tanto la teoria ontologica quanto quella eziologica ricorrono allo stratagemma della causalità “ridotta”: l’una per giustificare l’elevazione della *chance* al rango di entità giuridica autonomamente tutelabile, l’altra per garantire il ristoro della lesione di una situazione concepita come strumentale al conseguimento dell’utilità finale.

Per meglio intendersi è accaduto che, di fronte alle difficoltà riscontrate in sede di prova del nesso causale tra illecito ed evento di danno, la reazione degli interpreti sia stata, da un lato, nel senso di pretendere il riconoscimento di una nuova situazione giuridica risarcibile e cioè spostando il problema dal piano della relazione causale a quello dell’oggetto di tutela; dall’altro, nel senso di ammettere anche il risarcimento della lesione di un bene strumentale alla realizzazione di un vantaggio.

In ultima analisi abbiamo concluso che né la teoria ontologica né quella eziologica sono in grado di spiegare in via esclusiva i problemi legati al risarcimento del danno da perdita di *chance*, anzitutto perché i tentativi di definizione devono essere diversificati a seconda delle fattispecie risarcitorie in cui la *chance* viene, a vario titolo, invocata.

La ragione ulteriore per cui si è ritenuto più opportuno non perseguire la ricerca di un modello unitario si fonda sulla considerazione del diverso rilievo che la *chance* può assumere nelle ipotesi di responsabilità contrattuale rispetto a quelle di responsabilità

extracontrattuale. Con riguardo alle prime fattispecie, a nostro avviso, la perdita delle occasioni di vantaggio emerge nella fase di liquidazione del danno come una conseguenza dannosa risarcibile, al pari del danno emergente e del lucro cessante (e a dire il vero, almeno dal punto di vista strutturale, restiamo persuasi del fatto che la perdita di *chance* non presenti tratti distintivi rispetto al lucro cessante).

Nei casi di responsabilità aquiliana, viceversa, lo statuto risarcitorio dell'art. 2043 c.c. – nonché, per il danno non patrimoniale, dell'art. 2059 c.c. – impone il riconoscimento di un interesse meritevole di tutela, affinché il danno possa essere ritenuto «ingiusto» e, in quanto tale, fonte dell'obbligo risarcitorio.

Ne abbiamo ricavato la convinzione circa la necessità di superare la formula della *chance* come «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione», in questi anni applicata indistintamente dalla giurisprudenza di legittimità ai vari casi specie, nel tentativo di 'stabilizzare' una figura di danno dai contorni spesso indefiniti.

Acquisite tali premesse, ci siamo soffermati dapprima sulle ipotesi di responsabilità dell'avvocato, in cui non abbiamo riconosciuto nella *chance* una situazione giuridica soggettiva, ma piuttosto, a seconda dei casi, il parametro probatorio del giudizio probabilistico che il giudice è chiamato a compiere per accertare la responsabilità del professionista; ovvero una conseguenza dannosa risarcibile, identificabile, ad esempio, nei vantaggi potenzialmente conseguibili dalla pendenza della lite (conclusasi con la soccombenza del cliente e non proseguita per la negligenza dell'avvocato), quali la possibilità di addivenire ad un accordo transattivo con la controparte.

Ci siamo dedicati altresì all'indagine sul modo di adoperare lo strumento della *chance* perduta nelle controversie tra il lavoratore – nell'ipotesi più emblematica, candidato a partecipare ad un concorso interno per ottenere la promozione ad una qualifica superiore – e il datore di lavoro. Abbiamo concluso che, nei casi in cui l'attore riesca a dimostrare che vi sia stato un errore di calcolo o non siano stati presi in considerazione alcuni requisiti o titoli documentali, nell'ambito di una procedura selettiva a punteggio c.d. vincolato, potrà vedersi accogliere una domanda di risarcimento del danno da mancato conferimento dell'incarico ovvero da promozione negata. Qui non vi sarà spazio per la tutela della *chance* né alcuna necessità di invocarla.

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 (ove ciò gli sia stato impedito anche solo parzialmente), sostanziata da quella "posizione strumentale" del lavoratore, effettivamente qualificabile come situazione giuridica soggettiva, e che consiste nel suo profilo professionale, ossia in tutte le sue capacità e competenze investite nell'espletamento delle prove predisposte dal datore di lavoro.

Abbiamo ampiamente indagato, poi, sulle fattispecie risarcitorie in cui più spesso viene evocato il danno da perdita di *chance*, e cioè quelle di responsabilità medico-

sanitaria, in relazione alle quali il tema della *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza si è intrecciato con quello della prova del nesso di causalità tra l'illecito del medico o della struttura e il danno biologico subito dal paziente.

Si è visto che, in tale ambito, il riconoscimento a livello normativo ad opera della l. n. 219/2017 del diritto di autodeterminazione *sub specie* di diritto al consenso informato consente, a nostro avviso, di ritenere ormai superfluo il richiamo alla perdita di *chance* in tutte quelle ipotesi in cui il paziente lamenti l'ingiusto sacrificio della propria possibilità di autodeterminarsi e cioè di incidere sullo svolgimento del rapporto di cura.

Residuano, tuttavia, dei casi in cui si configura la lesione di un *quid* distinto dal risultato finale consistente nel corretto espletamento delle cure e (nei limiti del possibile) del buon esito delle stesse: si tratta della *chance* di una più lunga e/o migliore sopravvivenza, pregiudicata dalla errata o non tempestiva diagnosi da parte del medico e che rappresenta un'anticipazione di tutela, da parte dell'ordinamento, del diritto alla salute.

Del resto 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", per cui posta una soglia minima di offensività, il novero di tali interessi può accrescersi nei limiti di un'interpretazione guidata dalla similitudine con altri interessi già affermatasi come fondamentali.

In estrema sintesi si è concluso, dunque, che: a) la lesione della *chance* assume talvolta i connotati di un evento di danno incidente sulla possibilità di conseguire un risultato, tanto da postulare che di *chance* debba parlarsi in termini di interesse meritevole di tutela (la *chance* di sopravvivenza e quella del lavoratore candidato alla procedura selettiva interna a carattere non vincolato); b) in altre ipotesi la perdita di *chance* si presenta viceversa come una conseguenza dannosa tra quelle risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c., confinante con il lucro cessante fino al punto di poterne risultare assorbita (la *chance* di ottenere dei vantaggi dalla pendenza del giudizio colposamente non coltivato dall'avvocato, quali la possibilità di transazione della lite); c) in altri casi, ancora, la *chance* perduta opera come parametro che presiede il giudizio probabilistico di accertamento del nesso causale (ad es., sempre nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dell'avvocato e del professionista in generale, il cliente deve dimostrare di aver subito effettivamente un danno, dando prova delle probabilità di successo dell'azione ove l'avvocato avesse agito diligentemente; ma, *cave*, il danno resta ascritto nell'ambito delle regole che disciplinano la responsabilità contrattuale per inadempimento).

Una parte della trattazione è stata dedicata, poi, al rilievo della perdita di *chance* nei rapporti tra il privato e la pubblica amministrazione, ove la complessità della figura è acuita dalla interazione della *chance* con l'interesse legittimo pretensivo.

Abbiamo ragionato sulla possibilità di attribuire lo *status* di autonoma situazione giuridica alla "*chance* di ottenere il provvedimento amministrativo favorevole", al fine di consentire la riparazione del pregiudizio derivante dall'esercizio illegittimo di

un'attività amministrativa discrezionale, e cioè nel senso di ammettere il risarcimento del danno derivante dal sacrificio dell'occasione di vantaggio, solo a fronte dell'incertezza su quale sarebbe stato l'esito dell'azione amministrativa e il contenuto del relativo provvedimento.

Ci è parso, però, di non poter ravvisare in alcun caso – a prescindere dal carattere discrezionale o vincolato dell'azione amministrativa –, l'esistenza, in capo al privato, di un ulteriore interesse protetto, distinto dall'interesse legittimo (rispetto al quale la *chance* può rappresentare semmai un'anticipazione di tutela, ma non nel senso di essere assurta al rango di situazione giuridica autonoma). E la ragione per cui abbiamo maturato tale soluzione può apparire banale: mentre l'interesse legittimo esiste a monte dell'avvio del procedimento amministrativo, la *chance* acquista concretezza solo a valle dell'esercizio dell'attività amministrativa illegittima, e solo 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.

Non meno arduo è risultato lo sviluppo della ricerca in relazione ai profili di diritto processuale del danno da perdita di *chance*, di solito trascurati dagli interpreti e dalla giurisprudenza, che si è limitata ad affermare la distinzione “ontologica” della domanda di risarcimento del danno da perdita dell'occasione di profitto dalla domanda risarcitoria complessivamente intesa, in virtù di un automatismo generato dal riconoscimento della *chance* come entità giuridicamente ed economicamente rilevante.

Eppure non sono poche le questioni tipicamente processuali che si sono affacciate nel corso della nostra riflessione, e tutte, a dire il vero, si sono mostrate intriganti per il loro rilievo sia teorico che pratico. Così abbiamo concentrato la nostra attenzione sulle controversie risarcitorie in cui può ipotizzarsi, almeno secondo la nostra personale ricostruzione, l'esistenza di una *chance* come autonoma situazione giuridica suscettibile di essere dedotta ad oggetto del giudizio.

Ripercorrendo i punti salienti del dibattito intorno all'unicità del diritto risarcitorio, abbiamo tentato di spiegare come mai – in quei casi in cui abbiamo rinvenuto l'esistenza di una *chance* quale interesse protetto – il relativo danno non possa considerarsi come una mera voce di danno inclusa nel medesimo diritto di credito risarcitorio.

Ci siamo interrogati, poi, sulle questioni legate alla prova della consistenza della *chance*, per il tramite della allegazione di tutti quei fatti, specie secondari, a partire dai quali si possa anche solo presumere l'esistenza di una concreta possibilità di raggiungere il risultato anelato: il problema riguarda non solo le fattispecie in cui è possibile riconoscere nella *chance* l'interesse protetto reso oggetto della domanda giudiziale, ma anche tutte le altre ipotesi in cui la lesione della *chance* può configurarsi come conseguenza risarcibile del danno, poiché in ogni caso la prova della fondatezza della pretesa attorea passa anche attraverso la dimostrazione degli elementi indicativi o sintomatici della esistenza della *chance*.

Abbiamo altresì specificato che, mentre nel caso del risarcimento del pregiudizio subito dal candidato alla procedura selettiva, la domanda di ristoro del danno da perdita di *chance* sarebbe la sola proponibile (dal momento che il lavoratore non può vantare un diritto ad ottenere la promozione), l'ipotesi attinente alle liti da responsabilità medico-sanitaria rappresenta emblematicamente l'eventualità di un cumulo oggettivo di cause, che abbiamo ricondotto alla specie del cumulo condizionale.

In considerazione delle peculiarità del rapporto tra la domanda di risarcimento del danno da lesione del bene "finale" e quella di ristoro del danno da perdita di *chance*, originate dalla medesima vicenda lesiva e dirette a soddisfare un interesse comparabile, abbiamo ritenuto possibile riferirci al modello delle domande c.d. "complanari", per cui la seconda domanda può essere proposta anche successivamente in occasione della prima udienza e fino alla prima delle tre memorie di cui all'art. 183 co. 6 c.p.c., instaurando così un cumulo condizionale sopravvenuto (nel senso che la prima domanda viene accostata da una domanda proposta in via subordinata e cioè destinata ad essere decisa nel merito solo a fronte del rigetto della pretesa originaria).

Ci siamo preoccupati infine di verificare la tenuta del modello – che abbiamo costruito precipuamente sulla perdita di *chance* medica – all'esito delle modifiche apportate dalla l. n. 24/2017 in materia di responsabilità sanitaria, che, per quanto riguarda il profilo prettamente procedurale, ha prediletto l'introduzione della causa nelle forme del rito sommario di cognizione, una volta soddisfatta la condizione di procedibilità in via di mediazione o di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi. Ebbene abbiamo spiegato che il rito ad istruttoria semplificata di cui agli artt. 702-*bis* rischia di essere non particolarmente adatto alla complessità che inevitabilmente contraddistingue un giudizio cumulato, come quello che abbiamo proposto.



## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- 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;
- ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Milano, 1962;
- ALLORIO E., *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1/1958;
- ALLORIO E., *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957;
- ALLORIO E., *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 4/1947;
- ALPA G., *Danno alla persona, aspettative legittime, criteri del risarcimento*, in *Giust. civ.* 1/1981;
- AMENDOLAGINE V., *La risarcibilità del danno da perdita di “chance” conseguente all’omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*, in *Corr. giur.* 6/2009;
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979;
- ANDRIOLI V., *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig.*, Torino, 1966, *ad vocem*;
- ASPRELLA C., *Il frazionamento del credito nel processo civile*, Bari, 2015;
- ATTARDI A., *L’interesse ad agire*, Padova, 1958;
- ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1/1961;
- ATTINÀ C., *La responsabilità professionale dell’avvocato e la misura della diligenza esigibile*, in *I Contratti* 3/2014;
- AZZALINI M., *Nesso causale e perdita di chances: l’illusione ottica della “doppia probabilità”*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2017;
- 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;
- BARCELLONA M., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.* 4/2011;
- BARCELLONA M., *Trattato della Responsabilità civile*, Torino, 2011;
- 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;
- BENVENUTI F., *L’istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Milano, 1953;
- BIANCA C.M., *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979;
- BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IX, Torino, 1993, *ad vocem*;
- BLAIOTTA R., *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.* 1/2009;
- 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;

BOCCHIOLA M., *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1976;

BONA M., *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.* 1/2008;

BONA M., *Causalità da perdita di chance e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.* 8-9/2014;

BONA M., *La Cassazione rigetta il modello della "causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.* 12/2011;

BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001;

BUSNELLI F.D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961;

BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2000;

BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964;

BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.* 1/2009;

BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997;

BUSNELLI F.D., *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 4/1965;

CAPECCHI M., *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2008;

CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.* 6/1984;

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962;

CARIGLIA C., *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.* 2/2016;

CARIGLIA C., *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. it.* 10/2016;

CARNELUTTI F., *La prova civile*, Milano, ed. 1992;

CARNELUTTI F., *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 2/1932, 57 ss.;

CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936;

CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995;

CASETTA E. e FRACCHIA F., *Giustizia amministrativa*, II ed., Milano, 2018;

CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.* 1/2019;

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958;

CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991;

CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*, Torino, 1980;

CERINO CANOVA A., *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/1986;

CERRI C., *La violazione del diritto all'autodeterminazione quale danno risarcibile*, in *Danno e resp.* 4/2019;

CHABAS F., *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 1/1996;

CHIOVENDA G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1933;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935;

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, III ed., 1965;

CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931;

CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018;

CHIZZINI A., *Sentenza civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, *ad vocem*;

CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993;

COMANDÉ G., *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell'Estate di San Martino*, in *Danno e resp.* 2/2019;

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010;

CONSOLO C. (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Torino, 2018;

CONSOLO C. e 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;

CONSOLO C. e GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2/2015;

CONSOLO C., *comm. sub art. 2909 c.c.*, in ID. (diretto da), *Codice di procedura civile, Commentario*, tomo I, Milano, 2018;

CONSOLO C., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1989;

CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, tomi I e II, Padova, 1985;

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;

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;

CONSOLO C., *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;

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;

CONSOLO C., *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.*, 1/1993;

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I e II, XI ed., Torino, 2017;

CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Dig.*, VII, Torino, 1991, *ad vocem*;

COREA U., *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in *judicium.it*;

CORTESE M., *Nascita indesiderata o conseguenze da nascita malformata: insoliti profili risarcitori e prova del nesso causale*, in *Danno e resp.* 4/2017;

CORTESE M., *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.* 2/2017;

CRICENTI G., *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.* 6/2016;

CRICENTI G., *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019;

D’ALESSANDRO E., *L’oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016;

DALLA BONTÀ S., *L’introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018;

DE CUPIS A., *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.* 2/1983;

DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti, comm. sub art. 2056*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, II ed., 1971;

DE CUPIS A., *Il risarcimento della perdita di una “chance”*, in *Giur. it.* 1/1986;

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2017;

DI GIOVANNI L., *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 6/2017;

DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1984;

DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi “non più solo legittimi”*, in *Corr. giur.* 11/1999;

DONZELLI R., *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2017;

F.P. LUISO, *comm. sub art. 183*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO e B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996;

FACCI G., *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, *ad vocem*;

FACCI G., *L’errore dell’avvocato, l’appello tardivo e la chance di vincere il processo*, in *Resp. civ. prev.* 6/2002;

FEOLA M., *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.* 3/2009;

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

FEOLA M., *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e resp.* 11/2014;

FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1985;

FISCHER D.A., *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2001;

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;

FOGLIA M., *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2011;

FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3/2012;

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010;

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2010;

FRANZONI M., *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.* 6/2009; CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010;

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018;

GABRIELLI E., *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *judicium.it*;

GALGANO F., *I fatti illeciti*, Padova, 2008;

GAMBA C., *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008;

GARREFFA S., *I paralogismi della teoria della chance perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 9/2018;

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 *Dir. fam. pers.* 4/2009;

GAZZONI F., *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Dir. fam. pers.* 1/2009;

GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, XVII ed., 2015;

GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012;

GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004;

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. app.* 3/2018;

GIANNOZZI G., *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958;

GORLA G., *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Foro it., Quaderni*, vol. 90, 12/1967;

GORLA G., *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1951;

GORLA G., *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.* vol. XIX, Milano, 1970, *ad vocem*;

GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, *ad vocem*;

GRAZIOSI A., *Neppure i crediti risarcitori possono più essere frazionati giudizialmente*, in *Foro it.* 10/2012;

HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937;

LA BATTAGLIA L., *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e resp.* 3/2019;

LANDINI S., *Responsabilità del medico, per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.* 2/2005;

LIEBMAN E.T., *Azioni concorrenti*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962;

LIEBMAN E.T., *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935;

LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962;

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;

LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.* 1/2016;

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2017;

LUISO F.P., *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium* 2/2019;

MAIO V., *La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Arg. dir. lav.* 1/2018;

MANDRIOLI C. e CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, XXV ed., Torino, 2016;

MARENA G., *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 11/2009;

MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005;

MARUCCI R., *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018;

MASERA S.R., *Il nesso di causalità per il risarcimento della chance perduta*, in *Urb. app.* 2/2015;

MASTROPAOLO F., *Danno, III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988;

MAZZAMUTO S., *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010;

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*, II ed., Torino, 2002;

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.* 1/1954;

MERLIN E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 3/2016;

MERLIN E., *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1984;

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;

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;

MONATERI P.G., GIANTI D. e BALESTRIERI M., *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016;

MONATERI P.G., *Il diritto all'integrità patrimoniale*, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e Questioni di diritto privato*, Milano, 2002;

MONATERI P.G., *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984;

MONTESANO L., *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980;

MONTESANO L., *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1991;

MOTTO A., *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 1/2015;

MURONI R., *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della cassazione in tema di mutatio libelli*, in *Resp. civ. prev.* 2/2014;

NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017;

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.* 1/2009;

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;

NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e Responsabilità civile*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, *ad vocem*;

NERI V., *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. app.* 3/2018;

NICOLÒ R., *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, *ad vocem*;

NOCCO L., *Il danno da perdita di chances*, in *Danno e resp.* 1/2005;

NOCCO L., *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010;

NOCCO L., *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e resp.* 3/2009;

OLIVIERI G., *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, (legge 8 marzo 2017, n. 24), in *judicium.it*;

PACCES A., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e virtù di una costruzione giuridica giurisprudenziale*, in *Danno e resp.* 6/2000;

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;

PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnative negoziale dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.* 1/2015;

PAGNI I., *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 5/2011;

PAGNI I., *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, in *Quest. giust.* 1/2018;

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;

PATRITO P., *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. prev.* 5/2018;

PATTI S., *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja- Branca-Galgano*, Bologna, 2015;

PELOSI A.C., *Aspettativa di diritto*, in *Noviss. Dig.*, 1987, *ad vocem*;

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;

POLI G.G., *La nuova improcedibilità del ricorso per cassazione nella "terra di mezzo" tra telematico e analogico*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2019;

POLINARI J., *La fase istruttoria e i mezzi di prova*, in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANO, *Il Processo amministrativo*, Torino, 2014;

PONZANELLI G., *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*, in *Danno e resp.* 4/2018;

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2/2009;

PRINCIGALLI A.M., *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1985;

PRINCIGALLI A.M., *Quand'è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, in *Foro it.* 1/1986;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A. e FEOLA M., *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014;

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990;

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. II, Padova, 1982;

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014;

PROTO PISANI A., *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1/1989;

PUCELLA R., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.* 1/2008;

PUCELLA R., *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.* 11/2018;

PUCELLA R., *La causalità incerta*, Torino, 2007;

PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, *ad vocem*;

RICCI E.F., *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, *ad vocem*;

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

ROSSETTI M., *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.* 4-5/2000;

RUFFINI G., *“Argomenti di prova” e “fondamento della decisione” del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2004;

SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1/1960;

SAITTA F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2017;

SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, *ad vocem*;

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;

SASSANI B., *Interesse ad agire, I, Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*;

SCHLESINGER P., *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960;

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017;

SCOGNAMIGLIO C., *La giurisprudenza della corte di cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione*, in *Resp. civ. prev.* 2/2019;

SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, *ad vocem*;

SEVERI C., *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.* 2/2003;



SICCHIERO G., *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, in *Giur. it.* 2/2016;

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., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001;

TARANTINO L. (a cura di), *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.* 4/2018;

TARUFFO M., *comm. sub. art. 115 c.p.c.*, in A. CARRATTA e M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2011;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992;

TARZIA G., *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1964;

TARZIA G., *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972;

TASSONE B., *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*, in *Giur. it.* 1/2014;

TASSONE B., *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest: quali chances per la perdita di chance*, in *Giur. it.* 3/2012;

TASSONE B., *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.* 7/2018;

TASSONE B., *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima*, in *Danno e resp.* 4/2011;

TEDOLDI A., *Procedimento sommario di cognizione*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016;

TRAVAGLINO G., *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.*, 6/2008;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016;

TRIMARCHI BANFI F., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1/2015;

TRIMARCHI BANFI F., *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.* 3/2001;

TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.* 3/2017;

TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.* 4/2013;

TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3/2015;

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., *La Responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017;

TRIMARCHI P., *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.* 12/2014 (*appendice*);

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;

TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, *ad vocem*;

TRIVELLONI S., *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016;

TROPEA G., *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.* 3/2012;

TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970;

VERCILLO G., *La tutela della chance – profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012;

VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979;

VERDE G., *Profili del processo civile*, IV 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;

VERDE G., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, *ad vocem*;

VULLO E., *comm. sub. art. 416*, in L. DITTRICH (diretto da) *Diritto processuale civile*, tomo III, Milano, 2019;

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;

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;

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;

ZUMPARO M.A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2017.