

DANNO DA PERDITA DI CHANCES

SOMMARIO: **1** - L'inquadramento del danno da perdita di chances e le questioni generali; **2** – Il danno patrimoniale da perdita di chances di natura contrattuale; **3** – Il danno patrimoniale da perdita di chances di natura extracontrattuale; **4** – L'illegittima attività della Pubblica Amministrazione e il danno da perdita di chances; **5** - Il danno non patrimoniale da perdita di chances.

§ 1 - L'INQUADRAMENTO DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCES E LE QUESTIONI GENERALI -. Un evento, causato da terzi, che incida sulla sfera soggettiva, compromettendo ad esempio anche solo temporaneamente lo stato fisico della persona, può determinare nell'immediatezza la perdita di un reddito, o più in generale incidere sul patrimonio del danneggiato, ma può anche causare lo sfumare di utilità non solo non ancora entrate nel suo patrimonio, ma di cui non vi è neppure certezza che possano entrarvi. Si tratta dunque di opportunità, occasioni, quale può essere la possibilità di sostenere la partecipazione ad un concorso, pregiudicata dalla inabilità cui si è costretti a causa di una lesione provocata da terzi.

Tale pregiudizio viene definito "perdita di chances", per tale intendendosi la **perdita di una utilità non solo futura ma anche eventuale**. Non si tratta del danno futuro risarcibile, il quale, pur quando non attuale, sia ragionevolmente certo secondo le facoltà umane (il professionista costretto nel letto, che non può svolgere la propria attività, il coltivatore pagato a giornata, cui è inibito espletare le proprie mansioni). La perdita di chance si presenta invece come un danno futuro e incerto, che per tale caratteristica ha prospettato dubbi sulla sua risarcibilità.

Si tratta di una figura, non antica, le cui origini si ritrovano nella giurisprudenza e nella dottrina francesi, mutuata nel nostro ordinamento in una ottica di ricostruzione del concetto di danno attento alla integrale risarcibilità della lesione del bene giuridico, sotto

qualunque aspetto esso si manifesti, in base al combinato disposto degli artt. 1223 e 2043 c.c.¹

Il collegamento alla probabilità del danno comporta innanzitutto che esso vada tenuto distinto dalla richiesta di risarcimento del danno relativo al bene giuridico cui è collegata la chance. In quest'ultimo caso è l'intero pregiudizio patrimoniale futuro a dover essere risarcito; nella perdita di chances il danno risarcibile va invece generalmente riconosciuto in misura proporzionale alla probabilità di raggiungimento del risultato (sperato), nella ipotesi in cui fosse stato possibile l'utilizzo della chance (anche sotto tale profilo si evidenzierà la diversa natura del danno da perdita di chances, ossia patrimoniale, non patrimoniale, e, poi ancora, se generato da responsabilità contrattuale, precontrattuale, extracontrattuale). Esso dunque non si relaziona alla perdita di un bene, ma alla occasione perduta di conseguire un bene². Da ciò deve dedursi come la sua autonoma identificabilità e l'autonomo riconoscimento comporta innanzitutto che la perdita della occasione, della opportunità, è essa stessa la situazione giuridica soggettiva tutelata nella perdita di chances, come tale autonomamente valutabile sotto il profilo economico³; in secondo luogo, e per ciò stesso, si tratta di una situazione diversa dalla mera aspettativa di fatto, da cui si tiene anzi ben distinta, come avverte ad es. **Cass., sentenza n. 16877 del 20 giugno 2008.**

A tal proposito la giurisprudenza è chiara nel sostenere che si tratta di una entità patrimoniale a sé stante, *"giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve tener conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto"*, come di recente afferma **Cass., sentenza n. 18207 del 25 agosto 2014** (nella versione massimata). Il principio è formulato a proposito di una fattispecie nella quale, a fronte di una domanda risarcitoria introdotta nei confronti del Ministero del Lavoro per un erroneo avviamento al lavoro

¹ In origine si riteneva invece che si trattasse di un interesse di mero fatto, come tale non giuridicamente tutelabile e dunque non risarcibile.

² In **Cass., sentenza n. 10111 del 2008**, si afferma che essa consiste non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di conseguirlo. Sulla distinzione tra perdita di una chance di conseguire un risultato sperato favorevole e danno per il mancato conseguimento del risultato, cfr. **P.G. Monateri**, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, pagg. 283 e segg.

³ Questione da tener distinta rispetto all'altra relativa alle modalità di liquidazione, a seconda che si tratti di un danno patrimoniale o non patrimoniale, dopo le sentenze dell'11 novembre 2008.

ex art. 16, co. 4 l. 482/1968 -da cui era conseguito il rifiuto dell'assunzione da parte della impresa, la causa del lavoratore verso l'azienda, la soccombenza del lavoratore perché riconosciute le ragioni dell'azienda (che non aveva mai fatto richiesta numerica di lavoratori ai sensi della predetta normativa, relativa al collocamento obbligatorio con qualifica di impiegato quale orfano di invalido del lavoro), la retrocessione del lavoratore nella graduatoria di collocamento-, il giudice di merito aveva liquidato in via equitativa i danni esistenziali e quelli patrimoniali, da perdita di chance, senza tener conto della misura delle retribuzioni che l'attore avrebbe percepito se fosse stato avviato al lavoro alla prima occasione successiva a quella errata, identificata con una specifica data relativa alla seconda possibile assunzione (già verificatasi secondo le emergenze della causa).

Ne discendono altre due ulteriori considerazioni. La prima, è che se la sua risarcibilità trova fonte nella compromissione di una opportunità -essa stessa bene autonomamente identificabile e tutelabile sul piano giuridico- di conseguire un altro bene della vita, la determinazione del risarcimento può avvenire secondo valutazione equitativa, commisurandola ove possibile al grado di probabilità che quel risultato favorevole avrebbe potuto essere conseguito. La seconda è che risulta irrilevante, perché sia riconosciuto il pregiudizio, la qualificazione della posizione soggettiva compromessa, tenendo conto che con **sentenza n. 500 del 22 luglio 1990 le Sez. U.** hanno riconosciuto la risarcibilità del danno provocato dalla lesione di posizioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi, sicché la compromissione di una occasione di conseguire una utilità, qualunque natura essa abbia, purchè giuridicamente rilevante, è idonea alla insorgenza del diritto al risarcimento.

Nel riconoscere la figura quale autonoma fonte risarcitoria, dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto su due ipotesi ricostruttive.

La prima riconosce nella perdita di chance un danno attuale e in sé considerato (a prescindere se riconducibile al danno patrimoniale o non patrimoniale), collocandola nell'alveo del **danno emergente**⁴. La seconda la inquadra nel **lucro cessante**⁵. In

⁴ *“la perdita di chance costituisce un danno attuale che si identifica non con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi*

entrambe le ipotesi ne è però riconosciuta la risarcibilità solo se l'occasione perduta sia assistita dalla considerevole possibilità di successo, cioè se il risultato sperato sia prospettabilmente conseguibile secondo una valutazione con prognosi postuma.

È appena il caso di rammentare che l'attualità del danno non coincide con la già avvenuta consumazione del danno, perché per attuale s'intende il danno già determinato al momento della decisione giudiziale, ancorché esso possa venire concretamente in essere in un momento successivo⁶. Mentre per danno futuro deve intendersi quello che non esiste ancora, ancorché emergano elementi da cui poter ragionevolmente prevedere il suo accadimento.

La giurisprudenza in origine era prevalentemente orientata a riconoscere natura di danno emergente. Significativa sotto tale profilo è **Cass., sentenza n. 4400 del 4 marzo 2004**, che, riconoscendo il danno da perdita di chance, lo configura quale *"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 un risultato)..."*, con la quale viene introdotta *"una distinta e autonoma ipotesi di danno emergente"*⁷.

Sotto tale profilo si è chiarito che al momento del verificarsi dell'illecito la chance deve già essere nel patrimonio del danneggiato, provvedendosi poi a valutarla sulla base delle concrete possibilità di risultato⁸.

Successivamente si diffonde anche il secondo orientamento. Così, tra le più recenti, **Cass., sentenza n. 7193 del 2015**, che, a proposito della ampiezza del

del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerunque accidit sulla base di elementi forniti dal danneggiato. Non trattasi quindi di lucro cessante ma di danno emergente da perdita di possibilità attuale, ricompresa nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell'illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento della chance di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non aleatoria, di conseguire il risultato". Così **D. Chindemi**, il danno da perdita di chance, Milano, 2010, pagg. 11-12; **A. De Cupis**, Perdita di una chance e certezza del danno, in Giur. It., 1986, I, 1, pag. 1181 e segg.

⁵ In dottrina cfr. **Mastrolo**, voce "Danno (risarcimento del danno)", in Enc. Giur. Treccani, X, 1988, pagg. 12 e segg.; **M. Rossetti**, Il danno da perdita di chance, in Riv. Circ. e traspr., 2000, pag. 676 e segg.

⁶ Ad es. il danno da fermo tecnico dell'automezzo è un danno attuale e certo al momento della decisione, ancorché debba ancora materialmente manifestarsi e per questo va ricondotto nel lucro cessante.

⁷ Nella giurisprudenza amministrativa cfr. ad es. **Cons. Stato, sentenza n. 686 del 7 febbraio 2002**.

⁸ Chindemi, op. cit., pag. 30.

contenuto di una domanda risarcitoria, afferma (sempre nella versione massimata) come “... 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”⁹. Significativi sono d'altronde i riferimenti ai precedenti giurisprudenziali menzionati nella sentenza in commento, quali **Cass., sent. n. 18945 del 2003**, e **Cass., sent. n. 1443 del 2003**¹⁰.

A supporto della collocabilità del danno alla chance nella categoria del lucro cessante si sostiene d'altronde che di essa ha in comune i tratti, ossia che la chance perduta debba essere assistita da una “ragionevole probabilità” del verificarsi e che tale ragionevole probabilità debba desumersi da elementi certi e oggettivi.

⁹ Nello stesso senso cfr. **Cass., sent. n. 4052 del 19 febbraio 2009**, secondo cui “L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da lucro cessante o da perdita di "chance" esige la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile. (Nella specie, un'amministrazione comunale aveva occupato ed illegittimamente trasformato parte di un fondo; il giudice di merito, nel liquidare il danno da occupazione usurpativa, aveva escluso la sussistenza di un danno da lucro cessante per l'impossibilità di costruire sulla porzione residua, in considerazione del fatto che già prima dell'occupazione le norme dello strumento urbanistico non consentivano l'edificabilità di quel fondo, in ragione delle sue ridotte dimensioni. La S.C., applicando il principio di cui alla massima, ha ritenuto corretta tale decisione)”.

¹⁰ A proposito di un caso nel quale l'attore aveva lamentato la perdita di chances lavorative subite per un sinistro stradale, per il quale affermava che, se non coinvolto nel sinistro, avrebbe potuto lavorare per le Poste prima a tempo determinato e poi rientrare nella riserva dei posti a tempo indeterminato, la sentenza n. 18945 cit. chiarisce che “al fine di ottenere il risarcimento per la perdita di una chance è necessario provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”. Quanto alla seconda delle pronunce, la n. 1443 del 2003, a proposito di perdita di chances commerciali, è così massimata “La liquidazione equitativa del lucro cessante, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 cod. civ., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale. Occorre pertanto che dagli atti risultino 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, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione dell'"id quod plerumque accidit" - connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità”. Nello stesso senso anche la più recente **Cass., sentenza n. 23304 dell'8 novembre 2007**, nonché **Cass., sentenza n. 9472 del 12 giugno 2003**, così massimata “Il lavoratore avente diritto all'assunzione obbligatoria, ai sensi della legge 2 aprile 1968 n. 482, che sia stato erroneamente avviato al lavoro dai competenti uffici ministeriali e non sia stato immediatamente ed automaticamente rescritto nelle relative liste a seguito del precedente erroneo avviamento, ha diritto al risarcimento del danno a lui derivato dalla mancata reinscrizione e dalla conseguente perdita di "chances", posto che il concetto di perdita di guadagno, di cui all'art. 1223 cod. civ., si riferisce a qualsiasi utilità economicamente valutabile e anche ad una situazione cui è collegato un reddito probabile.”

La comprensione del danno da perdita di chance nella categoria del lucro cessante può trovare addentellati. È necessario tuttavia distinguere le conseguenze quanto alla sua risarcibilità, restando comunque la chance una opportunità di conseguimento di una utilità, e come tale tratteggiata dai caratteri della eventualità, non dalla certezza di tale conseguimento. Non può allora farsi coincidere con il diritto alla integrale risarcibilità del danno per il mancato conseguimento della utilità, qual'è invece il dovuto quando si riconosca un danno futuro da lucro cessante, altrimenti incorrendosi nell'errore di confondere il danno da perdita di chance al conseguimento di un vantaggio con il danno al conseguimento del vantaggio stesso. Sotto tale profilo appare critica la già citata sentenza n. 18207 del 2014, che, dopo aver riconosciuto natura di entità patrimoniale a sé stante al danno da perdita di chances, autonomamente valutabile, in un inquadramento che ne privilegia la collocazione nell'alveo del lucro cessante, sembra poi a tutti gli effetti equiparare il danno a tutte le retribuzioni non conseguibili¹¹.

Sarebbe pertanto più utile, prima ancora che attardarsi nella sforzo di ricondurre il danno da perdita di chances nelle categorie giuridiche del danno emergente e del lucro cessante, soffermarsi sui caratteri della chance e della sua risarcibilità, quale figura del tutto peculiare nel panorama delle situazioni giuridiche giuridicamente tutelabili.

In particolare la chance, soprattutto con attenzione al danno patrimoniale da lesione della medesima, costituendo una opportunità di conseguire un risultato, è sempre attuale, perché al momento della condotta illecita esiste o non esiste. Altra questione è poi se la chance sia seria, ossia se si tratti di una concreta opportunità che consenta il raggiungimento del risultato sperato. Solo in questo caso essa è giuridicamente rilevante e idonea, se lesa, compromessa, annullata, a far accertare il danno e far conseguire un risarcimento.

¹¹ Sotto tale profilo si cfr. tuttavia **Cass., sentenza n. 5766 del 20 aprile 2002**, per la quale il risarcimento del danno determinato, in misura corrispondente alle intere retribuzioni spettanti in caso di assunzione, riguarda il caso di illegittimo rifiuto di assunzione obbligatoria, per la quale espressamente si evidenzia la differenza rispetto alla minor misura liquidabile nelle ipotesi di perdita di chances. Nello stesso senso **Cass., sentenza n. 11877 del 23 novembre 1998**.

In tale ottica essa, quale entità, per così dire fenomenica, è sempre attuale e preesistente alla condotta illecita, ancorchè materialmente debba ancora manifestarsi¹². Il danno risarcibile però non afferisce a qualunque opportunità, ma è subordinato ad una valutazione prognostica e probabilistica del se, con il suo utilizzo, sarebbe stato raggiunto il risultato sperato. È necessario pertanto che, sotto l'aspetto del nesso causale, esso debba riferirsi al rapporto tra condotta illecita e lesione a quella opportunità; quanto alla sua risarcibilità però occorre previamente verificare, anche in via presuntiva e con giudizio controfattuale, se quella chance, lesa, fosse seria, e cioè dotata di capacità probabilistiche idonee al conseguimento del risultato sperato. Solo quando siano accertati questi elementi la chance assume la veste di bene autonomo, giuridicamente apprezzabile e tutelabile sul piano risarcitorio.

Il venir meno della necessità di collocare la chance nelle categorie del danno emergente o del lucro cessante trova dunque spiegazione nella presenza di specifiche peculiarità, perché mentre normalmente il danno che attinge, nel presente o nel futuro, una situazione giuridica soggettiva, afferisce ad un bene che al momento della condotta illecita sia riconosciuto già quale meritevole di tutela nella struttura dei rapporti giuridici, il danno da lesione di una chance si atteggia come futuro e incerto per le sue caratteristiche, sicchè si rende forse inutile ogni sforzo di collocazione nelle categorie classiche del danno.

Resta da valutare se un simile percorso argomentativo possa trovare accoglimento, e in qualche modo contribuire a dirimere le numerose questioni che si sono poste nel diverso ambito del danno non patrimoniale da perdita di chance, soprattutto nell'area della responsabilità medica per danno alla *chance di sopravvivere*, che però presenta certamente specificità ben distinte dalla lesione delle chance determinanti un danno patrimoniale.

¹² La iscrizione ad un concorso che richieda la partecipazione a delle prove selettive esiste già quale opportunità per la ricerca di un posto di lavoro al momento in cui l'iscritto venga investito da una autovettura e a causa delle lesioni subite non possa partecipare alle suddette prove. La mancata partecipazione alle relative prove costituisce una lesione di una opportunità che ne compromette la fruizione e come tale è attuale al momento del verificarsi della condotta illecita, ancorchè la data delle prove non sia stata pubblicata ed il danno non si sia ancora materialmente concretizzato.

L'incertezza dell'ulteriore danno al bene, al cui raggiungimento è rivolta la chance compromessa dalla condotta lesiva, si riflette peraltro sulle **difficoltà di individuazione di un criterio risarcitorio obiettivo**. La perdita, che deve essere quantificata patrimonialmente, non solo è relazionata ad una utilità non ancora acquisita al patrimonio del soggetto, ma, nella sua futuribile acquisibilità, non è neppure certo che potrà mai entrarvi. Essa non costituisce una astratta possibilità, ma non deve superare, per restare nell'alveo della chance, il concetto di significativa probabilità, altrimenti coincidendo in tutto con il danno futuro al bene principale e non alla chance di conseguirlo¹³. Se questa è la questione generale, ulteriori problemi si pongono quando si consideri la differenza tra le chances relazionate ad un bene giuridico patrimoniale, e quelle afferenti ad un bene non patrimoniale quale la salute.

Altrettanto importante è il **nesso causale tra la lesione e la perdita di chance**. Sul punto è stato condivisibilmente affermato che la chance (e la sua perdita dunque) deve incidere sul danno e non sul nesso causale¹⁴, con ciò volendo significare che la chance deve afferire alla seria probabilità del conseguimento di un qualcosa, sia esso un evento patrimonialmente vantaggioso, ossia un risultato, oppure un diritto non patrimoniale ma comunque liquidabile per equivalente; non deve riguardare invece il nesso causale tra condotta illecita e lesione medesima della chance. Il nesso causale deve essere infatti certo e non solo probabile. Eventuale può essere il conseguimento del bene, qualora la chance non fosse stata compromessa dalla condotta illecita del terzo. Sarebbe invece un errore logico collegare la chance al nesso causale, perché verrebbe meno lo stesso principio di imputabilità del fatto illecito (condotta + evento lesivo, nella forma del danno-conseguenza) alla condotta del terzo. Sicchè il corretto argomentare di una sentenza esige che sia innanzitutto accertata la inequivocabile sussistenza del rapporto causale tra la condotta del terzo-debitore e la perdita della chance.

¹³ Il danno (patrimoniale) da perdita di chance è un danno futuro, consistente non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di conseguirlo.

¹⁴ Chindemi, op., cit., pag. 33 e segg.

L'onere probatorio grava sul danneggiato-creditore, che deve dimostrare come quella specifica illecita condotta abbia causato la perdita della chance. Seguirà poi l'ulteriore onere probatorio del creditore, consistente nella allegazione di quei fatti o atti, da cui emerga come la chance costituiva una seria occasione per il conseguimento di un bene o comunque di una situazione giuridica soggettiva rilevante ed economicamente liquidabile.

Quanto all'accertamento del nesso causale, trattandosi di responsabilità civile, e non essendo questa la sede per soffermarsi sulle teorie relative alla causalità, è sufficiente qui affermare che anche per la perdita di chance vige il **criterio d'imputazione del "più probabile che non"**.

Altra questione è se **la richiesta risarcitoria per danni da perdita di chance renda necessaria una specifica domanda oppure se essa possa considerarsi inclusa in una generico *petitum* risarcitorio.**

La giurisprudenza in merito non sembra fornire risposta univoca. **Cass., sentenza n. 7193 del 2015**, riconosce l'omnicomprensività della domanda risarcitoria, inclusiva dunque della domanda per perdita di chance, e a tal fine afferma che (versione massimata) *"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, sicchè, 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"*.

Di contro **Cass., sentenza n. 21245 del 2012**, sostiene che *"la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance di guarigione di un prossimo congiunto, in conseguenza d'una negligente condotta del medico che l'ebbe in cura, deve essere formulata esplicitamente, e non può ritenersi implicita nella richiesta generica di condanna del convenuto al risarcimento di tutti i danni causati dalla morte della vittima"*. Orientamento che sembra trovare conferma in **Cass., sentenza n. 13491 del 2014** (in una causa risarcitoria per risoluzione per inadempimento di un contratto di appalto), secondo cui la domanda che abbia ad oggetto la determinazione in via equitativa del danno da perdita di chance non è proponibile per la prima volta in

cassazione, non potendo ritenersi che sia implicitamente compresa in una domanda generica di risarcimento. E a tal fine infatti la sentenza evidenzia la differenza tra il danno futuro, che è un danno non certo, come il danno già verificatosi al momento del giudizio, ma liquidabile secondo un criterio di rilevante probabilità, ed il danno da perdita di chance, che è soltanto un danno potenziale. Principio cui si aggiunge l'ulteriore considerazione che la questione non era stata neppure oggetto di contraddittorio tra le parti.

L'opinione che richiede la specificità della domanda trova peraltro condivisione anche in arresti meno recenti, come in **Cass., sentenza n. 10291 del 2001**, secondo cui *"in tema di risarcimento del danno da fatto illecito altrui, da cui siano derivati postumi di invalidità (nella specie, perdita della mano sinistra), non costituisce duplicazione di voci risarcitorie il riconoscimento del risarcimento per perdita di chances da ritenersi non compresa nel danno biologico, in quanto la cosiddetta perdita di chances costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, come tale risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno."* Con ciò implicitamente sottolineandosi la autonomia della fattispecie rispetto al danno biologico, e l'esigenza di una espressa richiesta di tale voce di "danno patrimoniale futuro" (così identificato in sentenza).

In realtà le posizioni sono probabilmente meno lontane di quanto appaiano, alla luce della evoluzione interpretativa del concetto di danno risarcibile e delle singole voci che lo compongono. Intanto perché è pacifico come non possa porsi sullo stesso piano la perdita di chance di natura patrimoniale e quella di natura non patrimoniale. Per la prima, attesa la sua variegata prospettabilità, è necessaria una specifica domanda risarcitoria. Più complessa è la questione quando si consideri il danno non patrimoniale da perdita di chance. E ciò perché, mentre le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 del giudice di legittimità, e poi la sentenza n. 233 del 2003 della Corte Cost., avevano delineato un sistema che valorizzava l'autonomia e la specifica identificabilità delle singole voci di danno non patrimoniale, le sentenze nn. 26972 e quelle gemelle del novembre 2008, pur confermando il sistema bipolare, danno patrimoniale-danno non

patrimoniale, hanno ricondotto in una unica voce di danno il secondo, collocandolo nell'art. 2043 c.c., quale norma a generale presidio del sistema di tutela, e -previa verifica della gravità e serietà del pregiudizio arrecato alle posizioni giuridiche, nell'alveo di diritti e interessi costituzionalmente rilevanti- adoperando l'art. 2059 c.c. come un contenitore delle situazioni giuridiche concretamente considerate e ritenute meritevoli di risarcimento per equivalente a fronte delle lesioni lamentate. Appare allora evidente che il mescolarsi di tutte le voci, un tempo esplicitate e differenziate -dal danno biologico, a quello estetico, a quello esistenziale, e anche a quello da perdita di chance- rende comprensibile come non sia necessaria la formulazione di una espressa domanda. È tuttavia altrettanto vero che nella domanda risarcitoria l'attore debba illustrare, pur nella unicità della richiesta risarcitoria e del petitum, quali siano le tipologie di lesione che lamenta aver subito a causa della condotta illecita del terzo. Sicchè il riconoscimento del danno da perdita di chance, o quanto meno la verifica sul fondamento della suddetta categoria di danno, pur in assenza di una esplicita domanda, va inquadrato nel contesto interpretativo ora sinteticamente illustrato. In tale inquadramento appare allora comprensibile come non si riscontri un contrasto effettivo nei precedenti, se è vero che quanto alla domanda risarcitoria per danno non patrimoniale da perdita di chance - quando nel giudizio introdotto sono richiesti tutti i danni derivanti dalla illecita altrui condotta- essa non richiede una specifica domanda, laddove conclusioni opposte devono assumersi quando la controversia verta sul risarcimento da danno patrimoniale da perdita di chance.

§ 2 - IL DANNO PATRIMONIALE DA PERDITA DI CHANCES DI NATURA CONTRATTUALE -

La perdita di chance può configurarsi quale danno conseguente all'inadempimento di obblighi assunti in un rapporto contrattuale, oppure per violazione degli obblighi nella fase precontrattuale, o ancora quale conseguenza della illecita condotta ex art. 2043 c.c., ricompresa dunque nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.

In tutte queste ipotesi la compromissione della chance può determinare un danno patrimoniale. Deve comunque trattarsi sempre e solo di una lesione alla occasione, alla opportunità, nella disponibilità del danneggiato, di conseguire un risultato, e non del risultato stesso, perché quando invece vi sia prova che la condotta illecita del terzo abbia leso l'utilità che con certezza era ricompresa nella sfera patrimoniale del danneggiato, il risarcimento conseguente, quale danno futuro, va riconosciuto nella sua integralità, laddove in tema di perdita di chance, dopo che il danneggiato abbia dato prova, anche in via presuntiva, che vi fossero serie probabilità di conseguire quel risultato, il risarcimento resta comunque solo proporzionale all'intero valore della utilità non conseguita.

La casistica offerta dalla giurisprudenza in tema di danno patrimoniale da perdita di chance di natura contrattuale è vasta.

L'elemento comune a tutte le ipotesi sussunte nella figura è quello della **ripartizione dell'onere della prova**, spettando al creditore l'allegazione di quei fatti e atti che dimostrino il nesso causale tra l'illecita condotta e la lesione della chance, nonché il danno conseguente alla lesione medesima, quale mancata fruibilità di quella occasione per il raggiungimento del risultato utile¹⁵, mentre resta a carico del debitore la prova della non imputabilità dell'inadempimento.

È evidente come maggiori difficoltà si rivelino nella **prova del danno**, posto che il risultato utile non è più conseguibile e, costituendo la chance una opportunità di ottenere un bene o più in generale un risultato, non potrebbe mai dimostrarsi con certezza che, mediante la sua fruizione, il suo titolare avrebbe raggiunto il risultato sperato (non costituendo altrimenti una chance). È appena il caso di rammentare che, se il risultato sperato sia stato invece ugualmente conseguito, alcun danno può ascriversi alla pur esistente lesione della chance, con conseguente esclusione dell'interesse ex art. 100 c.p.c. a promuovere un giudizio. La prova che dunque si esige dal creditore danneggiato è quella controfattuale in forza della quale, in presenza di una chance, il danneggiato

¹⁵ Cfr. ad es. **Cass., sentenza n. 1715 del 2009, Cass., sent. n. 13241 del 2006**, in tema di violazione dell'obbligo di predeterminazione dei criteri selettivi per il riconoscimento e l'attribuzione di qualifica superiore agli impiegati.

adduca tutti quegli elementi, anche presuntivi, che in base ad un calcolo di probabilità¹⁶ siano idonei a dimostrare come avrebbe potuto ottenere quello specifico risultato.

Coerentemente pertanto **Cass., sentenza n. 1752 del 2005**, assume che *“ il creditore ...ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta”*.

Così, in uno dei settori più sensibili, per casistica, al danno da perdita di chance, quello relativo ai rapporti di lavoro, e in una fattispecie in cui si discuteva di un concorso interno per la promozione e il passaggio di qualifica, **Cass., sentenza n. 2581 del 2009** afferma che il lavoratore è onerato della prova, pur se solo presuntiva, della seria probabilità di conseguire la promozione, ove il datore di lavoro avesse rispettato i principi di correttezza e buona fede in ordine allo svolgimento delle procedure concorsuali, ponendo gli aspiranti concorrenti in una condizione di *par condicio*.

Nello stesso senso, **Cass., sentenza n. 16877 del 2008**, con riferimento ad una fattispecie in cui il disoccupato chiedeva all'INPS il risarcimento per perdita di chance a fronte della reiezione dell'istanza di riconoscimento della indennità da disoccupazione speciale, il cui riconoscimento gli sarebbe valso l'iscrizione nelle liste di mobilità previste dalla l. n. 223 del 1991, con conseguente diritto alla precedenza nelle assunzioni¹⁷, o ancora, in una controversia tra l'Ente poste e un suo dipendente, **Cass., sentenza n. 22524 del 2004**¹⁸.

¹⁶ Giurisprudenza e dottrina hanno più volte fatto esplicito riferimento al dato che le probabilità dovrebbero essere superiori al 50%.

¹⁷ Si cfr. inoltre **Cass., sent. n. 2581 del 2009**, **Cass., sentenza n. 1715 del 2009**; **Cass., sentenza n. 14820 del 2007**; **Cass., sentenza n. 13241 del 2006**.

¹⁸ La pronuncia risulta così massimata *“Quando il lavoratore lamenta la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare, nell'espletamento di una procedura concorsuale per la promozione ad una qualifica superiore, criteri di correttezza e buona fede in ordine allo svolgimento delle procedure e al rispetto della “par condicio” fra gli aspiranti, chiedendo il risarcimento dei danni derivantigli dalla perdita della possibilità di conseguire la promozione (perdita di “chance”), ha l'onere di provare anche gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo del probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di conseguire la promozione, atteso che la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile. (Nella specie, in applicazione del principio di cui alla massima, in relazione alla domanda di un dipendente dell'ente Poste inquadrato nella ex V categoria, di condanna dello stesso ente al risarcimento del danno sofferto per la perdita della possibilità di promozione per non aver avuto notizia, in quanto, assente per malattia, non aveva ricevuto la prevista comunicazione telegrafica al proprio domicilio della procedura concorsuale per la copertura dei posti vacanti nell'area quadri di II livello, la C.A. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda, in quanto il*

Non sempre però tale assunto trova conferme, poiché alcuni arresti attestano un criterio di ricerca della prova per così dire più benevolo verso il lavoratore. Così avviene, sempre in una controversia con l'Ente Poste, con **Cass, sentenza n. 3415 del 2012**, la quale per un verso conferma che " *...il giudice dovrà rigettare la domanda risarcitoria quando gli elementi probatori acquisiti permettano di escludere con adeguata sicurezza che il lavoratore potesse avere concrete possibilità di successo*", mentre, qualora " *il datore di lavoro sia tenuto ad effettuare nel rispetto di determinati criteri, non escludenti apprezzamenti discrezionali, una selezione tra i lavoratori ai fini di una promozione o del conferimento di un altro beneficio, egli, al fine di dimostrare il rispetto dei criteri previsti per la selezione e dei principi di correttezza e buona fede, deve operare in maniera trasparente e in particolare motivare adeguatamente la scelta effettuata. In difetto di una scelta motivata, il lavoratore ha in linea di principio diritto al risarcimento del danno da perdita di chance, non condizionato alla prova da parte sua che la scelta, ove correttamente eseguita, si sarebbe risolta in suo favore*". Dunque il principio qui formulato sbilancia l'onere probatorio sul datore di lavoro, che deve dimostrare i criteri di trasparenza adottati e, in assenza di tale prova, al lavoratore non incombono oneri probatori particolari, qual'è quello della dimostrazione delle serie probabilità di superamento della selezione¹⁹.

ricorrente non aveva provato l'esistenza di un danno scaturente dalla condotta della società datrice di lavoro, limitandosi a sottolineare che avrebbe avuto probabilità di successo quanto meno pari a quella degli altri due dipendenti risultati vincitori, senza però indicare i criteri selettivi in base ai quali detto avanzamento doveva avvenire, e senza procedere alla doverosa comparazione, alla stregua di detti criteri, della sua posizione con quella dei due predetti dipendenti.)"

¹⁹ Nella stessa direzione sembra orientata anche **Cass., sentenza n. 1075 del 2011**, in una fattispecie di concorso per la promozione interna di un istituto di credito, è così massimata " *In tema di concorsi interni per attribuzione di qualifica superiore (previsti a norma di contratto collettivo o per disciplina unilaterale del datore di lavoro), che debbono essere espletati mediante l'attribuzione di punteggi legati a determinate caratteristiche professionali dei concorrenti, incombe al datore di lavoro l'obbligo di osservare, nell'espletamento della procedura concorsuale, criteri di correttezza e buona fede, rispettando altresì il principio di obiettività e trasparenza e la "par condicio" fra tutti gli aspiranti. (Nella specie, la S.C., in applicazione del principio in esteso, ha confermato la sentenza impugnata che, in relazione ad un concorso per la promozione al grado di funzionario di terza categoria di un istituto bancario, aveva riconosciuto all'istante la qualifica richiesta e accolto la domanda risarcitoria proposta, desumendo decisivi indizi di arbitrarietà e, comunque, di non conformità ai canoni di correttezza e buona fede nell'attribuzione ad un candidato di punteggi attitudinali, dalla circostanza che il legale rappresentante della società datrice di lavoro non aveva saputo dar conto, in udienza, delle ragioni della diversa attribuzione dei punteggi discrezionali e dal confronto tra la posizione del candidato pretermesso e quella di altri concorrenti risultati vincitori del concorso in situazioni valutate omogenee, concludendo nel senso che, se fossero stati attribuiti al candidato pretermesso i punteggi assegnati agli altri quattro, il primo avrebbe acquisito il punteggio sufficiente a superare quello dell'ultimo dipendente collocato nella graduatoria dei vincitori).*". Oppure ancora **Cass., sentenza n. 5119 del 2010**, nella quale viene relazionato agli obblighi di buona fede e correttezza del datore di lavoro l'adeguata ed effettiva motivazione delle operazioni valutative e comparative connesse alla selezione effettuata nella procedura concorsuale per la selezione del personale.

Pur apparentemente ancor più radicale in ordine alla insussistenza di peculiari oneri probatori del lavoratore partecipante ad una selezione concorsuale, in realtà non si discosta dai principi appena affermati **Cass., sentenza n. 21297 del 2006**, il cui principio è così massimato *"Nel rapporto di lavoro del personale dipendente dell'Ente Ferrovie dello Stato, la materia della selezione per l'accesso alla dirigenza è disciplinata dalle regole fissate nell'accordo sindacale del 21 giugno 1986, in forza del quale la nomina è effettuata sulla base di una procedura valutativa. In tal caso, ancorchè la promozione non sia attuata attraverso concorso o selezione e con conclusiva graduatoria, bensì attraverso una scelta da effettuare sulla base di predeterminati criteri di valutazione, per il principio di correttezza e buona fede, il datore di lavoro ha l'onere di dare adeguata motivazione della scelta e dell'applicazione dei criteri indicati e ogni interessato, in quanto formalmente legittimato alla scelta, ha diritto di conoscere detta motivazione. Ne consegue che l'assenza di motivazione, in quanto inadempimento che non consente alcun pur esterno e formale controllo sull'applicazione dei criteri di scelta, costituisce inadempimento che è di per sé causa di danno sotto il profilo della perdita di chances, restando incerta la misura del danno, da determinare sulla base di un criterio probabilistico"*. Dunque apparentemente sembra che il creditore sia ulteriormente sollevato dagli oneri probatori poiché, nella prospettiva della pronuncia, la mancanza di motivazione conterrebbe in sé la dimostrazione del nesso causale tra condotta illecita e perdita di chance, esulandosi pertanto dalla ipotesi di esclusione con adeguata sicurezza che il concorrente non aveva possibilità di superamento della prova selettiva. A ben vedere però si tratta di una fattispecie del tutto peculiare, nella quale, dovendosi procedere alla nomina a dirigente, con relativa valutazione, integrante di per sé una motivazione, la Corte evidenzia che, se è pur vero che il concorrente che assume di essere stato ingiustamente pretermesso nella nomina, ha l'onere di provare gli inadempimenti e gli errori di valutazione del datore di lavoro, con conseguente onere di prova del rapporto causale tra inadempimento e danno, solo la presenza di una motivazione pone il creditore nelle condizioni di contestare specificatamente l'atto, sicché il suo onere probatorio presuppone l'esistenza di una motivazione dell'atto da contestare. Ne discende, prosegue la motivazione, che *"nell'ipotesi in cui la promozione sia effettuata per scelta datoriale sulla base di predeterminati criteri di valutazione e la motivazione manchi, fra la presenza di soggetti potenzialmente idonei ...ad essere valutati e scelti ...e la scelta poi effettuata,*

sussiste un salto logico, che conferisce all'esercizio del potere datoriale il carattere dell'arbitrarietà...da ciò un immanente rapporto causale fra assenza assoluta di motivazione e danno: l'assenza reca in sé stessa il danno." Dunque si tratta di una situazione ben circoscritta e specifica, in cui l'unico elemento di controllo del procedimento logico, osservante i principi della correttezza e buona fede, è venuto meno, e ciò è ritenuto di per sé sufficiente a rilevare la sussistenza del nesso tra condotta e danno.

Una ulteriore facilitazione della prova del danno e della sua quantificazione è invece riscontrabile nella recente **Cass., Sez. U, sentenza n. 5072 del 15 marzo 2016**, in materia di abusiva reiterazione dei contratti di lavoro a termine nel pubblico impiego privatizzato.

In tutti gli arresti punto comune è comunque l'obbligo datoriale del rispetto dei principi della correttezza e buona fede, che identifica il tipo di inadempimento contrattuale ascritto al datore di lavoro-debitore, quale ragione di insorgenza della sua responsabilità in ordine al danno lamentato dal lavoratore-creditore.

Al datore di lavoro spetta poi la prova della non imputabilità della condotta illecita, ma più in generale su di lui grava anche la **produzione di tutta quella documentazione, che pur astrattamente costituendo onere di allegazione del creditore-danneggiato, non sarebbe mai allegabile da questi perché nella disponibilità della controparte datoriale**. Si tratta di applicare il **principio di vicinanza della prova**, e sul piano logico si tratta di considerare la concreta disponibilità del materiale da cui desumere anche gli elementi presuntivi delle ragionevoli probabilità del lavoratore di conseguire il risultato voluto, istanza che altrimenti resterebbe mortificata dalla estrema difficoltà di accesso a quella documentazione. In tal senso si pone **Cass., sentenza n. 13241 del 2006**.

La casistica presente in giurisprudenza in ordine alle fattispecie in cui si è riconosciuto, o quanto meno valutato il fondamento della domanda risarcitoria di danno patrimoniale da perdita di chance, è numerosa.

Per esempio **Cass., sentenza n. 15759 del 2001**, in tema di responsabilità del professionista, afferma che la sua negligenza nell'intraprendere o proseguire una lite

giudiziaria, causando la perdita della chance di ottenere un risultato utile per la posizione giuridica da tutelare, sia essa una vittoria della causa, o il raggiungimento di un esito anche solo parzialmente favorevole²⁰, ove fosse stata adoperata l'ordinaria diligenza professionale, rende inutile l'accertamento dell'entità del danno, che evidentemente si profila in re ipsa per la definitiva compromissione della propria situazione giuridica controversa, profilandosi solo una questione di accertamento del *quantum*. Così, nel caso di mancata ammissione di un allievo ad una scuola di danza di un teatro, **Cass., sentenza n. 11353 del 2010**, ha riconosciuto il pregiudizio patrimoniale da perdita di chance (quale danno da lucro cessante) per la compromissione di concrete possibilità di lavoro, conseguenti al forzato fermo artistico nel periodo in cui l'allievo, nel pieno della maturazione sul piano artistico, avrebbe potuto avere maggiori opportunità di guadagni professionali. Con riguardo all'area delle concessioni del servizio di riscossione delle imposte, già **Cass., sentenza n. 17940 del 2003** affermava che *"Il danno lamentato da un soggetto per la mancata partecipazione ad alcune pubbliche gare per il conferimento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, a causa della illegittima cancellazione dall'Albo Nazionale dei concessionari per la riscossione delle imposte sulla pubblicità, la iscrizione nel quale costituiva indispensabile requisito, va qualificato come danno per perdita di chances e costituisce una ipotesi di danno patrimoniale futuro il cui ammontare può essere stabilito soltanto per presunzione, e liquidato in via equitativa, oppure attraverso il calcolo di probabilità, richiedente necessariamente l'ausilio di un esperto. La prova dell'esperimento di gare, nel periodo in cui sono perdurati gli effetti della cancellazione dall'Albo, basta a far presumere l'esistenza del danno, tradottosi nell'impossibilità di partecipare alle gare o di parteciparvi in condizioni di parità con gli altri concorrenti e, dunque, nella perdita della possibilità di realizzare probabili futuri guadagni, senza che occorra documentare gli inviti di partecipazione a tali gare, in quanto l'interessato avrebbe potuto esservi ammesso semplicemente su sua domanda."* (versione massimata)²¹. **Cass., sentenza**

²⁰ Sul punto più in generale vi è chi evidenzia come la chance compromessa dalla negligenza del professionista potrebbe afferire, durante la pendenza di un giudizio, anche alla possibilità di transazione, oppure di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute. Cfr. Chindemi, pag. 93, op. cit.

²¹ Altre ipotesi sono state individuate nell'agente di assicurazione cui era stato risolto anticipatamente il contratto (**Cass., sent. n. 6460 del 2000**); nel revisore dei conti che per un erroneo protesto di un assegno aveva visto compromesso la stipula di un contratto di collaborazione professionale (**C. App. 17**

n. 10111 del 2008, ha riconosciuto il danno patrimoniale da perdita di chance alla vedova di vittima della criminalità organizzata, per il ritardo nel conseguimento del beneficio dell'assunzione nella P.A., ai sensi della legge n. 302 del 1990.

In altri casi il danno da perdita di chance, pur esaminato, non è stato riconosciuto. Così **Cass., sentenza n. 18248 del 2011**, a proposito di destinazione a posizioni organizzative nel comparto sanitario, e con specifico riferimento alla disciplina dettata dal c.c.n.l. Comparto sanità 1998-2001 del 17 aprile 1999, ha affermato che -nel prevedere la istituzione, da parte delle Aziende e degli enti del comparto, delle posizioni organizzative, senza però imporre un obbligo incondizionato, ma lasciando margine di apprezzamento in ordine alle specifiche esigenze aziendali, e riponendo nella assunzione delle relative decisioni una funzione costitutiva delle posizioni organizzative- non può configurarsi un danno da perdita di chances per il dipendente che assuma che sarebbe stato con elevata probabilità il destinatario di una di esse. **Cass., sentenza n. 4052 del 2009**, evidenziando la qualità della prova che deve essere fornita al fine del riconoscimento del danno da perdita di chance (elementi oggettivi e certi dai quali desumere quanto meno in termini di elevata probabilità e non di sola mera possibilità, il conseguimento di un risultato), ha negato la richiesta risarcitoria relativa al lamentato danno per impossibilità di edificare su una porzione residua di un fondo, inizialmente occupato usurpativamente per l'intero, per il motivo che gli strumenti urbanistici impedivano già prima della occupazione la edificabilità sulla intera porzione. E ancora **Cass., sentenza n. 3714 del 1999**, in tema di prepensionamento (nel settore siderurgico pubblico), ha affermato che in una ipotesi di richiesta di prepensionamento anticipato da parte di un numero di lavoratori superiore alle eccedenze accertate, la scelta di coloro da prepensionare rientra nei poteri decisionali del datore di lavoro, non essendovi un diritto al pensionamento anticipato ma una mera aspettativa, *"con la conseguenza che non è neppure configurabile un diritto al risarcimento per perdita di chance"*.

Roma,, sent. 17.02.1988); nel supplente di scuola, dichiarato illegittimamente dal preside decaduto dall'incarico di insegnamento, in rapporto alle chances di più favorevoli impieghi (**Trib. Vallo della Lucania, sentenza 11 dicembre 2000**)

Per concludere in tema di danno patrimoniale da perdita di chance è necessario accennare ai **criteri di liquidazione** cui ricorrere.

Le caratteristiche del danno in esame portano la giurisprudenza e la dottrina a ritenere che per la perdita debba necessariamente procedersi ad un **liquidazione equitativa**²².

Ma anche in ordine ai criteri equitativi si rilevano differenze. Così, **Cass., sentenza n. 3415 del 2012**, dopo aver affermato che il danno da perdita di chance deve essere liquidato con valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., e, se la domanda (nel caso di specie risarcitoria per denunciata violazione di corretti criteri di selezione del personale per l'accesso a qualifiche superiori) trova accoglimento, *" Il giudice deve procedere alla liquidazione del danno.....tenendo presente, ai fini di tale giudizio probabilistico e comparativo, ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo da entrambe le parti. In particolare: in mancanza di specifiche risultanze circa il possibile esito della selezione se correttamente eseguita, il giudice potrà ricorrere al criterio residuale del rapporto tra il numero dei soggetti da selezionare e il numero di quelli che concretamente dovevano formare oggetto della selezione, ma, se del caso, potrà trarre argomenti di convincimento circa il grado di probabilità favorevoli al lavoratore anche dal comportamento processuale delle parti e in particolare dalle loro carenze nell'allegazione e prova degli elementi di fatto rilevanti ai fini della selezione rientranti nell'ambito delle loro rispettive conoscenze e possibilità di prova."*. Emerge dunque un ragionamento complesso, articolato, che pur parte dalla consapevole considerazione dell'orientamento diffuso nei precedenti arresti, e a tal fine rammenta che in essi per determinare il criterio di liquidazione *"del danno da perdita di chance subito dal lavoratore in caso di illegittimità di una procedura di selezione numerose sentenze di questa Corte fanno riferimento al criterio, intuitivamente coerente con la nozione di perdita di chance, secondo cui il risarcimento deve essere correlato al tasso di probabilità che il lavoratore avrebbe avuto di risultare vincitore, qualora la selezione si fosse svolta in maniera corretta e trasparente (Cass. n. 15810/2001, 22524/2004, 13241/2006, 21297/2006, 14820/2007, 5119/2010). In alcuni casi si precisa che si tratta di una modalità di applicazione della valutazione equitativa del danno*

²² Tra le più recenti, afferma la necessaria liquidazione equitativa del danno **Cass., sentenza n. 2737 del 2015**. Cfr. anche **Cass., sentenza n. 10111 del 2008**, che determina il danno da ritardo nel riconoscimento dei benefici previsti dalla l. 302 del 1990, in materia di parenti di vittime della mafia, nella misura equitativa di una annualità di stipendio.

prevista dall'art. 1226 c.c. (sentenze cit. n. 15810/2001 e 22524/2004) e che la probabilità di promozione può valutarsi anche sulla base del rapporto tra il numero dei dipendenti promossi e quello dei dipendenti astrattamente idonei a conseguire la promozione (sent. cit. 13241/2006)". Dunque, pur consapevole della diffusa adesione al criterio correlato al tasso di probabilità di vincere il concorso, la pronuncia privilegia criteri valutativi delle prove meno meccanicistici.

Deve anche segnalarsi **Cass., sentenza n. 10030 del 2015**, la quale, in una ipotesi di attribuzione a soggetto esterno di una P.A. della amministrazione di una posizione organizzativa, riconoscendo ad un dipendente il diritto al risarcimento del danno per perdita di chance, pur in presenza di altro aspirante interno della struttura pubblica, ritiene che ai fini della liquidazione sia adeguato un criterio che commisuri il risarcimento alla retribuzione di posizione "qualora essa non sia (come nella specie) superiore alla metà della retribuzione totale cui ciascun dipendente poteva aspirare nel periodo di illegittima privazione della posizione organizzativa".

Al di là di soluzioni articolate come quella ora esposta, **il criterio probabilistico resta diffuso**, come emerge ad es. da **Cass., sentenza n. 14820 del 2007**, citata d'altronde nella precedente pronuncia, unitamente ad altri arresti nel medesimo senso orientati, che riconosce legittima da parte del giudice di merito una valutazione equitativa del danno commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole.

L'orientamento non è tuttavia univoco, come dimostra **Cass., sentenza n. 5119 del 2010**, che ha ritenuto inadeguato il criterio meramente statistico, utilizzato dal giudice di merito, della proporzione tra il numero di posti messi a concorso e il numero dei concorrenti che precedevano il ricorrente in graduatoria, in assenza di ogni riferimento alla valutazione comparativa dei titoli dei candidati. Il che riporta l'attenzione sulla prima delle sentenze citate e sulla esigenza di una maggiore articolazione nella ricerca di un criterio di liquidazione il più possibile aderente alla fattispecie concreta.

Un cenno merita infine anche l'ipotesi di **danno patrimoniale da perdita di chance per responsabilità precontrattuale**. Sul punto è stato innanzitutto condivisibilmente affermato che in mancanza di conclusione del contratto il danno da

perdita di chance deve riferirsi alle possibilità connesse al negozio non concluso e non a quello diverso che ipoteticamente l'interessato avrebbe potuto concludere, che potrà essere al più oggetto di una diversa ed ulteriore domanda²³.

Sia pur per esclusione, è significativa **Cass., sentenza n. 18159 del 2015**, in tema di procedura selettiva per il conferimento dell'incarico di medico fiscale, secondo cui l'accertamento del diritto dell'aspirante ad assumere l'incarico determina, nella ipotesi di inadempimento dell'ASL, una responsabilità ed un conseguente risarcimento di natura contrattuale, non potendo limitarsi il danno al solo interesse negativo per perdita di chance e rimborso delle spese sostenute, relazionabile alla diversa ipotesi di responsabilità precontrattuale. Ma si sa che nell'evoluzione interpretativa del concetto di responsabilità precontrattuale, il danno non è più solo relazionabile al mero interesse negativo.

§ 3 - IL DANNO PATRIMONIALE DA PERDITA DI CHANCES DI NATURA EXTRACONTRATTUALE -

Particolarmente interessante si rivela la tematica del danno patrimoniale da perdita di chance di natura extracontrattuale, che trova la casistica più frequente nei danni da sinistro stradale.

Occorre però subito avvertire che se alla domanda sulla verificabilità di un danno da perdita di chance causato dalla condotta illecita extracontrattuale del terzo può darsi risposta affermativa, più complessa è l'identificazione e determinazione del suddetto danno, atteso che nella maggior parte dei casi si tratta di illeciti che attingono l'integrità fisica del danneggiato, rispetto alla quale deve porsi la prospettiva del nesso causale tra il fatto commesso e il danno lamentato, o più precisamente della relazione tra la condotta illecita commessa, il danno alla integrità fisica, il danno patrimoniale conseguente.

Molta attenzione in giurisprudenza è polarizzata sulla **riduzione della capacità lavorativa generica**, causata dalla gravità delle lesioni conseguenti un sinistro. E sotto tale prospettiva, di recente, **Cass., sentenza n. 12211 del 2015**, ha affermato che

²³ Chindemi, op. cit., pag. 62

(versione massimata) *“ in tema di danni alla persona, l'invalidità di gravità tale (nella specie, del 25 per cento) da non consentire alla vittima la possibilità di attendere neppure a lavori diversi da quello specificamente prestato al momento del sinistro, e comunque confacenti alle sue attitudini e condizioni personali ed ambientali, integra non già lesione di un modo di essere del soggetto, rientrando nell'aspetto del danno non patrimoniale costituito dal danno biologico, quanto un danno patrimoniale attuale in proiezione futura da perdita di "chance", ulteriore e distinto rispetto al danno da incapacità lavorativa specifica, e piuttosto derivante dalla riduzione della capacità lavorativa generica, il cui accertamento spetta al giudice di merito in base a valutazione necessariamente equitativa ex art. 1226 cod. civ.”.* Dunque il danno da perdita di chance trova collocazione, quale proiezione futura di danno, nella compromissione di chance determinata dalla incidenza del sinistro sulla capacità lavorativa generica, cioè quale insieme di condizioni personali che consentano ad un soggetto, a prescindere dalle sue specifiche attitudini e qualità, di svolgere un lavoro pur diverso da quello eventualmente espletato al momento del sinistro. Tale prospettiva si rinviene anche in altri recenti arresti, come in **Cass., sentenza n. 20312 del 2015**²⁴.

Ed è proprio questa compromissione della capacità lavorativa futura del danneggiato a consentire il riconoscimento della risarcibilità delle lesioni macropermanenti, ancorchè al momento del sinistro la vittima fosse un disoccupato. Così, **Cass., sentenza n. 26081 del 2005**, sul punto afferma che il danno patrimoniale risarcibile va legittimamente riconosciuto a chi al momento del sinistro non abbia reddito perché sfornito di occupazione lavorativa, poiché la condizione di disoccupato non esclude il danno futuro collegato alla invalidità permanente cagionata dal sinistro, ed incidente sulla capacità di guadagno della vittima. Occorre peraltro fare attenzione al dato che la pronuncia si riferisca, in termini di danno patrimoniale, alla capacità lavorativa specifica. Non si tratta però di una posizione di contrasto con l'altra più recente pronuncia su cui ci si è prima soffermati. Se è vero infatti che la capacità lavorativa generica afferisce ad un modo di essere della persona, relazionabile più coerentemente con il danno alla salute e da

²⁴ Che sottolinea la differenza tra il danno che attinge la capacità lavorativa generica, e che come tale è suscettibile di valutazione patrimoniale, e quello da lesione della "cenestesi lavorativa", che costituisce una compromissione biologica dell'individuo e va ricondotta nell'alveo del danno alla salute.

considerarsi quasi una qualità identificativa della persona e dei suoi valori non patrimoniali, è altrettanto vero che tale terminologia è comune anche alla capacità del soggetto "di produrre reddito", ossia ad una specifica capacità di guadagno futuro, voce questa senz'altro collocabile nella categoria del danno patrimoniale. D'altronde, per quello che qui interessa, non si tratta di esaminare la capacità lavorativa generica in sé, ma la perdita di chance derivante dalla lesione alla capacità lavorativa generica.

Alla luce delle considerazioni appena esplicate appare altrettanto coerente **Cass., sentenza n. 16396 del 2010**, che non esclude il danno futuro collegato alla invalidità permanente, che abbia attinto una persona priva di reddito al momento del sinistro.

In quest'ottica appare pienamente condivisibile riconoscere il diritto al risarcimento, di natura patrimoniale, anche per perdita di chance, alla casalinga coinvolta in un sinistro, per la quale infatti **Cass., sentenza n. 20324 del 2005**, afferma che *"Chi svolge attività domestica (attività tradizionalmente esercitata dalla "casalinga"), benché non percepisca reddito monetizzato, svolge tuttavia un'attività suscettibile di valutazione economica; sicché quello subito in conseguenza della riduzione della propria capacità lavorativa, se provato, va legittimamente inquadrato nella categoria del danno patrimoniale (come tale risarcibile, autonomamente rispetto al danno biologico, nelle componenti del danno emergente ed, eventualmente, anche del lucro cessante). Il fondamento di tale diritto - che compete a chi svolge lavori domestici sia nell'ambito di un nucleo familiare (legittimo o basato su una stabile convivenza), sia soltanto in favore di se stesso - è difatti pur sempre di natura costituzionale, ma, a differenza del danno biologico, che si fonda sul principio della tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.), riposa sui principi di cui agli articoli 4, 36 e 37 della Costituzione (che tutelano, rispettivamente, la scelta di qualsiasi forma di lavoro ed i diritti del lavoratore e della donna lavoratrice)".* Trattasi di un principio che, per l'espresso riconoscimento della riduzione della capacità lavorativa quale conseguenza del sinistro, da inquadrarsi nel danno patrimoniale, risulta perfettamente calzante alla ipotesi di danno da perdita di chance (lavorative).

Può poi farsi cenno in questo contesto, sebbene non configurabile un vero e proprio illecito, alla risarcibilità del danno patrimoniale da perdita di chance per l'eccessiva durata di un procedimento giudiziario. Sul punto **Cass., sentenza n. 18953 del 2005**, in una fattispecie di processo penale per bancarotta fraudolenta a carico di un professionista,

poi conclusosi con l'assoluzione, ha affermato che sul piano generale non può negarsi la correttezza della allegazione del danno patrimoniale, in ragione dell'eccessiva durata del processo, nei termini della perdita di chance, che costituendo concrete occasioni di conseguimento di un determinato bene, sono entità patrimoniali a sé stanti, giuridicamente ed economicamente suscettibili di valutazione autonoma²⁵.

Quanto ai **criteri di liquidazione del danno**, la variegata prospettiva di chances che possono essere compromesse dalla altrui condotta illecita offre un panorama altrettanto diversificato. Comune nelle decisioni invece è che la quantificazione tenga conto del criterio equitativo²⁶.

In merito alla **prova del danno** infine, il principio è sempre quello di fornire, anche in via presuntiva, elementi oggettivi da cui desumere, in termini anche di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile²⁷.

§ 4 - L'ILLEGITTIMA ATTIVITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL DANNO DA PERDITA DI CHANCES -

Un breve cenno, infine, va dedicato al danno da perdita di chances per l'illegittima attività della P.A.

È pacificamente riconosciuto che il danno da perdita di chance possa trovare causa nella condotta illegittima della Pubblica amministrazione. Ciò trova riscontro, oltre che nella giurisprudenza amministrativa, anche in quella ordinaria. Ad esempio, in materia di gare per esecuzione di opera pubblica, **Cass., sentenza n. 22370 del 2007**, a proposito dell'aggiudicazione in favore di chi abbia presentato un'offerta anomala per eccesso di ribasso, ritenuta non preclusa dalla normativa vigente, ma necessitante di una congrua

²⁵ Nello stesso senso **Cass., sentenza n. 1631 del 2006**.

²⁶ Ad es. così afferma la cit. Cass., sent. n. 26081 del 2005.

²⁷ Così si è espressa **Cass., sentenza n. 15385 del 2011**, a proposito dell'obbligo del coniuge superstite di fornire la prova sul contributo economico ricevuto dal consorte defunto, quanto meno allegando elementi da cui potesse dedursi la perdita di prestazioni e vantaggi connessi all'esistenza in vita della vittima.

motivazione, afferma che, quando ciò non accada viene leso l'interesse legittimo allo svolgimento di una gara corretta ed i partecipanti non vincitori possono far valere la responsabilità aquiliana dell'amministrazione chiedendo il danno ingiusto derivante dalla perdita di chances, quale occasione di acquisire le utilità patrimoniali riconducibili alla gara. La pronuncia chiarisce come in tal caso i danni non corrispondano affatto al solo interesse negativo, corrispondente ai soli costi di partecipazione alla gara, ma alla perdita di utilità corrispondente *"alla elevata probabilità o occasione favorevole di vincere la gara"*. E sul punto in sentenza sono dettati anche i criteri di liquidazione, in via equitativa ai sensi dell'art. 2056 c.c. *"sulla base dei mancati guadagni e delle spese erogate chieste dalla società per effetto dell'appalto non eseguito, da reintegrare in misura totale se, in base alla valutazione di merito degli atti di gara, si ritenga in fatto non giustificabile il ribasso dell'offerta della società ... per una corretta esecuzione dei lavori e quindi necessaria l'aggiudicazione alla [impresa]...., ovvero da ridursi proporzionalmente, con un calcolo di probabilità, fondato su presunzioni e da rapportare al numero dei partecipanti alla gara che avevano con la società ricorrente analoghe possibilità di aggiudicazione."*. Dunque la pronuncia, a fronte di una illegittima aggiudicazione, riconosce il danno patrimoniale da perdita di chances, e individua due criteri risarcitori, integrale e proporzionale, a seconda che dagli elementi a disposizione emerga la certezza o la probabilità di aggiudicazione al ricorrente pretermesso. Nella prima ipotesi in verità non sembra che possa identificarsi una perdita di chance, ma propriamente il riconoscimento del diritto del creditore alla aggiudicazione dell'appalto, con ogni conseguenza sulla liquidazione del danno. La seconda ipotesi è più coerente con la fattispecie della perdita di chance.

La liquidazione è ispirata a criteri equitativi²⁸. Peraltro è possibile ristorare il mancato aggiudicatario anche in forma specifica, mediante il rinnovo della occasione favorevole, con la ovvia precisazione che, se risarcito in forma specifica, non vi è più spazio per il ristoro per equivalente²⁹.

²⁸ Ad es., cfr. **Cons. Stato, sentenza n. 6960 del 2005**, in tema di mancato rispetto di regole procedurali nell'espletamento di un concorso.

²⁹ Così Cons. Stato, cit.

A tal proposito è comune nella giurisprudenza amministrativa configurare la perdita di chance quale danno emergente, la cui entità è rapportata non già al risultato sperato e perduto per la lesione alla occasione, ma alla probabilità, perduta, di aggiudicarsi la gara. Ai fini liquidatori si è ritenuto corretto il ricorso ad un coefficiente di riduzione collegato al grado di possibilità di conseguire l'aggiudicazione³⁰.

Il risarcimento non è tuttavia ricondotto alla sola perdita della occasione di aggiudicazione di quella gara, ma ad un complesso di opportunità afferenti gli interessi e l'immagine della impresa non aggiudicataria³¹. Si è anzi opportunamente evidenziato che il fatto di poter eseguire un appalto pubblico, oltre che del guadagno che l'impresa consegue, comporta ulteriori vantaggi, quali l'accrescimento della capacità di competere sul mercato. Ciò si traduce nella chance di aggiudicazione di ulteriori e futuri appalti. D'altronde la mancata esecuzione di un appalto, oltre che sottrarre guadagni, può incidere sulla immagine dell'impresa nel contesto socio-economico, accrescendo di contro le imprese concorrenti che si siano illegittimamente aggiudicate la gara³².

§ 4 - IL DANNO NON PATRIMONIALE DA PERDITA DI CHANCES -

L'illecita condotta può determinare danni non patrimoniali, ciò che si verifica in ipotesi come i sinistri stradali, ma soprattutto in relazione alle numerose fattispecie di responsabilità medica. Tra le conseguenze lesive di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, quali il danno biologico, il danno alla salute, esistenziale, estetico, ecc., è generalmente riconosciuto che l'illecita condotta del terzo, riconducibile a responsabilità contrattuale così come extracontrattuale, possa generare un danno non patrimoniale da perdita di chance.

³⁰ Ad es. **TAR Lazio, sentenza n. 1252 del 6 dicembre 2004.**

³¹ Cfr. **Cons. Stato, sentenza n. 3144 del 21 maggio 2009.**

³² Così D. Chindemi, op. cit., pag. 179.

Si è già chiarito che proprio alla luce delle sentenze del novembre del 2008 l'unicità del danno non patrimoniale -che trova nell'art. 2059 c.c. il contenitore di tutte le fattispecie di danno non patrimoniale risarcibili, da ricondursi tuttavia ad un'unica voce ai fini della liquidazione- non richiede una esplicita domanda risarcitoria del danno da perdita di chance. Resta tuttavia imprescindibile sia il riferimento al tipo di danno, quanto meno nella *causa petendi*, sia l'instaurazione del contraddittorio sul punto. Presenti queste due condizioni, può anche affermarsi che il danno sia riconoscibile d'ufficio dal giudice, sebbene trattasi di una affermazione più che altro suggestiva, afferente ad un dato più formale che sostanziale, dovendo comunque rintracciarsi una istanza sia pur implicita dell'attore nella prospettazione della domanda risarcitoria complessivamente portata all'attenzione dell'ufficio giudiziario. Peraltro sarà compito del giudice specificare le componenti di danno che contribuiscono alla sua liquidazione complessiva.

Le questioni di maggior interesse si sono manifestate nel campo del danno alla chance riconducibile alla responsabilità professionale medica. Si parla in questo caso di **perdita di chance de survivre**, con un doppio tributo linguistico alla esperienza giuridica francese, sia quanto alla categoria del danno oggetto d'esame, sia quanto al bene a cui la chance si collega.

In particolare circoscrive con chiarezza tale tipologia **Cass., sentenza n. 4400 del 2004**, già citata, secondo cui (versione massimata) "*In tema di responsabilità del professionista esercente la professione sanitaria, la diagnosi errata o inadeguata integra di per sé un inadempimento della prestazione sanitaria e, in presenza di fattori di rischio legati alla gravità della patologia o alle precarie condizioni di salute del paziente, aggrava la possibilità che l'evento negativo si produca, producendo in capo al paziente la perdita delle chances di conseguire un risultato utile; tale perdita di chance configura una autonoma voce di danno emergente, che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso, e la relativa domanda è domanda diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato.*".

La casistica delle chances che la condotta erronea del medico può danneggiare si amplia man mano. Così **Cass., sentenza n. 23846 del 2008** afferma che (versione

massimata) *“ in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza del danno risarcibile alla persona l'omissione di diagnosi di un processo morboso terminale, in quanto essa nega al paziente, oltre che di essere messo nelle condizioni di scegliere cosa fare, nell'ambito di ciò che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto, anche di essere messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche, in vista e fino a quell'esito.”*

Nelle due sentenze riportate non solo si riscontra la definizione del danno da perdita di *chance de survivre*, e l'ampiezza delle situazioni giuridiche tutelabili, ma si delineano tutte le problematiche e i dubbi emersi soprattutto nella dottrina. In particolare sulla sorte, la dimensione e il ruolo del nesso causale, sull'oggetto della tutela, sulla sufficienza dei criteri di liquidazione che la giurisprudenza ha inteso applicare. Non solo, ma è lo stesso concetto di chance a dover essere reinterpretato alla luce della peculiarità della fattispecie.

Quanto al **nesso causale**, se è facile affermare che esso debba riguardare il rapporto tra l'omesso intervento, o l'erroneo intervento, e l'aggravamento delle possibilità che l'esito negativo si produca, è nella prima pronuncia che si rinviene la considerazione secondo cui *“ non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chances, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta”*. Tuttavia questo ragionamento, sviluppato nella sua sequenzialità, e tenendo conto che non ha alcuna rilevanza verificare il rapporto di causalità tra condotta e mancato raggiungimento del risultato della guarigione -o se si vuole tra condotta ed esito terminale della vita-, potrebbe indurre a concludere che, accertata la condotta erronea del sanitario, per ciò stesso debba ritenersi che la chance sia stata lesa, qualunque sia poi la sua incidenza sull'evento costituente il risultato (sperato)³³. Il rischio di tale ragionamento è il superamento dell'onere della prova del nesso causale tra erronea condotta sanitaria e perdita della chance, risultando sufficiente constatare

³³ Ad es. si cfr. **P. Ziviz**, Riflessioni sulla perdita di chances di sopravvivenza, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 1, pagg. 242 e segg.

l'illiceità della condotta medica per reputare compromessa una occasione utile per conseguire il risultato sperato.

Si è peraltro avvertito come, mentre la chance in tema di danno patrimoniale costituisca una situazione giuridica, a valenza patrimoniale, preesistente alla condotta lesiva che la pregiudica, la chance in materia di salute sorge, quale perdita di opportunità favorevoli per il paziente, successivamente all'evento lesivo³⁴. E si è sollevata la domanda se possano applicarsi alla perdita di *chance de survivre* le regole della perdita di chance di carattere patrimoniale³⁵. Così ad esempio, tenendo conto che si ritiene ricorrente un danno alla chance quando essa assuma una concreta consistenza -che diffusamente è stata collegata al superamento della soglia del 50% delle probabilità di raggiungimento del risultato sperato- è sorto il dubbio se sia possibile applicare il medesimo criterio anche quando sia in gioco la chance di sopravvivenza. Constatando invece che qui si riconosce rilevanza a qualunque lesione prodotta dal colpevole trattamento sanitario, a prescindere dalla entità della sua incidenza negativa. Se lo sviluppo interpretativo impresso al concetto di danno non patrimoniale da perdita di chance, con un progressivo svuotamento del presupposto probabilistico, soprattutto se basato su mere percentualizzazioni attribuibili alla chance quale opportunità per il raggiungimento del risultato sperato, parte da considerazioni condivisibili, e soprattutto da una evoluzione del concetto di causalità -che non può trovare approfondimenti in questo contesto-, ciò tuttavia comporta il rischio di sovrapporre la probabilità con la mera possibilità di raggiungere la guarigione. Così di fatto si accoglie un concetto di chance, giuridicamente tutelabile, indefinito e infinito, in ogni caso ben più ampio di quello rilevante ai fini del danno patrimoniale da perdita di chances.

Ora, a prescindere dai consensi raccolti in dottrina dalla prospettazione del diverso rapporto tra probabilità e possibilità del conseguimento del risultato³⁶, cioè della valenza della chance, vi è chi ha ritenuto valide entrambe le prospettive risarcitorie, quella

³⁴ **Chindemi**, op. cit., pag. 158.

³⁵ **P. Ziviz**, op. cit., pag. 247.

³⁶ **P. Vittoria**, Responsabilità medica e perdita di chances. Un itinerario giurisprudenziale, in Riv. Trim. dir. Proc. civ., 2010, pag. 581 e segg. Ma sul punto cfr. anche la giurisprudenza, ad es. **Cass., sentenza n. 12961 del 2011.**

relativa al rapporto tra condotta ed evento lesivo, e quella afferente al rapporto tra condotta e perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza, concludendo che, ove manchino i presupposti per riconoscere il primo, possono quanto meno rinvenirsi quelli per riconoscere il secondo³⁷. E ciò in un'ottica secondo cui, per non lasciare impunte condotte erranee del medico, quando impossibile accertare il nesso causale tra intervento e mancata guarigione o decesso, preferisce quanto meno riconoscere il risarcimento del danno da perdita di chance, ancorchè quantitativamente inferiore. In tal modo si realizza un interessato spostamento di attenzione dalla causalità legata al bene salute, alla causalità afferente la chance di raggiungimento del risultato-salute. Senonché, è stato condivisibilmente avvertito, un tale modo di procedere rischia di valorizzare un ragionamento nel quale la perdita di chance di sopravvivenza si traduce nell'aumento del rischio di morte, così che risarcire il pregiudizio alla possibilità di guarigione equivale a condannare il medico per aver cagionato un mero aumento del rischio³⁸.

In altri termini il timore è quello di svuotare la causalità nella responsabilità medica, soppiantando, ai fini risarcitori, la responsabilità per il mancato conseguimento del risultato (quando non dimostrabile il nesso causale tra condotta ed evento) con la compromissione della chance di guarigione. Si tratta di un orientamento che procede parallelamente alla prospettiva di ampliamento delle fattispecie di responsabilità medica, con implicazioni di grande rilevanza sull'allargamento della chiamata in giudizio delle società assicuratrici, in un fenomeno che è stato definito di tendenza alla "socializzazione del rischio", e che suscita tuttavia non poche perplessità sul piano interpretativo, di certo una reazione delle società assicuratrici ad aumentare i premi assicurativi e soprattutto a ridurre sempre di più l'area assicurata, ricorrendo ad esempio alle clausole cd. *claims made*.

L'altra questione che si pone è relativa ai **criteri di liquidazione** che la giurisprudenza ha adottato **per la perdita di *chance de survivre***.

³⁷ **M Bona**, Il nesso di causa nella responsabilità civile medico-chirurgica, in G. Iadecola e M. Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, Milano, 2009, pag 400 e segg..

³⁸ Così **Montanari Vergallo, Di Luca, Frati**, in Chances perdute e rispettiva rilevanza della colpa e delle cause naturali nell'accertamento della causalità civile medica: dalla probabilità prevalente alla equità, in Rivista italiana di medicina legale, 201, 1, pagg. 61 e segg.

Sul punto, al pari della liquidazione del danno patrimoniale da perdita di chance, il criterio assunto è sempre quello del calcolo percentuale sul bene oggetto della occasione perduta, che nel caso specifico viene rappresentato dal danno biologico³⁹. Tale scelta ha generato tuttavia perplessità, poiché, si è detto, il pregiudizio oggetto di liquidazione non si rapporta ad una entità riconducibile ad un bene compreso in un patrimonio, ma alla salute medesima⁴⁰. A ciò aggiungasi anche che la prospettiva della indipendenza da una percentuale apprezzabile di ottenimento del risultato sperato (intesa quale probabilità di risultato), propria della risarcibilità del danno patrimoniale da perdita di chance, non è applicabile alla compromissione della *chance de survivre*.

In ordine poi all'**oggetto, inteso quale bene-salute che avrebbe trovato tutela se l'occasione utile (la chance) non fosse stata lesa**, occorre partire dalla considerazione che l'errata o inadeguata o omessa condotta medica, in presenza della patologia che affligge il paziente, aumenta la possibilità del verificarsi dell'evento negativo, causando la perdita delle chances di ottenere il risultato utile, cioè la guarigione (o quanto meno di evitare l'evento letale). Tale generale principio, che ad un tempo ha funzione descrittiva dell'accadimento materiale, può ricondursi alle modalità dello sviluppo morboso, ad es. perché, non fruendo di quella *chance* legata al buon intervento medico, la malattia si evolve in tempi più rapidi, così anticipandosi l'esito definitivo fatale. Ma può essere guardata sotto un altro profilo del bene-salute, visto nella più ampia prospettiva del danno biologico, per esempio in relazione alla compromissione, a causa della perdita della chance, di un miglior decorso della malattia, cui fa da necessaria e positiva appendice una migliore qualità della vita, ancorché inevitabilmente diretta verso l'exitus finale; oppure ancora alla possibilità, se la chance non fosse stata lesa dalla illecita condotta del sanitario, alla sopravvivenza per un tempo più lungo (anche solo se di

³⁹ Cfr. **Trib. Monza, sentenza 30 gennaio 1998**, che richiama il danno biologico corrispondente al 100% di invalidità; oppure **Trib. Reggio Emilia, sentenza del 16 gennaio 2008**, che fa riferimento al danno biologico temporaneo.

⁴⁰ Cfr. **Ziviz**, op. cit., pag. 250.

poche ulteriori settimane)⁴¹. Si tratta peraltro di prospettive di tutela ribadite in giurisprudenza, anche quando il tipo di intervento medico, che si ritiene non correttamente valutato e per questo applicato con ritardo, dia per scontata l'inutilità dello stesso sotto l'aspetto clinico, mirando invece alla somministrazione solo di cure palliative. Sul punto in particolare **Cass., sentenza n. 11522 del 2014**, afferma che il ritardo nella esecuzione della cura palliativa *"cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che, nelle more, egli non ha potuto fruire di tale intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze."*

Peraltro è stato evidenziato come la diagnosi esatta di una malattia, ancorchè l'esito infausto non sia altrimenti evitabile, consente quanto meno al paziente di essere messo nelle condizioni di scegliere cosa fare *"nell'ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto"*, programmando il suo essere persona e dunque lo scegliere *"come vivere"* sino all'*exitus*.

Fuori dalle ipotesi in cui l'unico intervento possibile sia quello palliativo, resta tuttavia da chiedersi se, nel riconoscere come l'intervento tempestivo, ancorchè non risolutivo della patologia, avrebbe potuto allungare la vita anche solo di qualche settimana, l'erronea condotta medica costituisca un danno da perdita di chance, oppure una vera e piena lesione alla salute. Ed infatti, posto che determinare con l'errore medico l'accorciamento della vita di un paziente, a fronte di protocolli di cura di patologie gravissime che, pur non finalizzate alla guarigione, sono messe in atto proprio per conseguire l'allungamento dell'attesa di vita -e nel miglior modo possibile-, occorre chiedersi se l'illiceità della condotta incida non già sulla chance, ossia sulla occasione utile

⁴¹ In tal senso cfr. **Cass., sentenza n. 23846 del 2008**, cit., che al ritardo nella formulazione della diagnosi di una patologia dagli effetti morbosì terminali relaziona l'attribuzione di responsabilità sull'assunto che la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico abbia provocato la perdita sia della chance di conservare durante il decorso terminale una migliore qualità della vita, sia della chance di vivere qualche settimana più a lungo.

al raggiungimento di detto risultato, ma proprio sul bene stesso della salute, cui l'intervento medico era rivolto.

E' chiaro che tale prospettiva di analisi lascia impregiudicato il principio che l'obbligo del professionista resta di prestazione corretta e non di risultato necessariamente fausto, ma ciò non impedisce di assumere una prospettiva diversa, che consideri il bene salute non più partendo dal dato fenomenico, ossia da un concetto puramente naturalistico di salute, bensì da un significante che, nello sviluppo immenso della scienza, risulti il risultato dello stato fisico soggettivo e della capacità oggettiva della scienza di incidere sulla salute medesima, determinando, pur in presenza di manifestazioni patologiche gravissime, la capacità medica di allungarne la durata in termini obiettivamente apprezzabili.

Ciò ovviamente nulla toglie ai dubbi sorti, soprattutto in dottrina, in ordine alle nuove prospettive causali di ampliamento della tutela del paziente mediante l'evoluzione del concetto di *chance de survivre*⁴². E tali dubbi non possono dirsi del tutto infondati quando, nei tentativi ripetuti e diffusi di estendere l'area della riparazione del danno affievolendo l'elemento della colpa o diluendo quella del nesso causale, si rischia di addossare al medico non già la lesione di una situazione giuridica soggettiva, ma l'aspettativa in quanto tale.

⁴² Per riflessioni sul tema, orientate ad una prospettiva di ampliamento della valorizzazione del danno non patrimoniale da perdita di chance, cfr. anche **M. Feola**, Il danno da perdita di chance di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, fasc. 3, parte I, pagg. 294 e segg.