La sostenibilità del danno da perdita di chance.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una teoria abbandonata: la perdita di chance come gradino di una scala eziologica. – 3. La teoria ontologica della perdita di chance: l'incertezza diventa danno risarcibile. – 4. Un'ammissione: la perdita di chance tempera il criterio dell'*all or nothing*. – 5 La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di chance: la soglia di serietà e la minaccia proporzionale.

1. Premessa.

Quando parliamo, giuridicamente, di chance, ci riferiamo a una circostanza in cui si è orientati verso il conseguimento di un'utilità o di un vantaggio rispetto a un contesto precedente. Ci si trova, quindi, di fronte a un'occasione caratterizzata da una possibilità di successo, non priva di una certa consistenza¹.

Il concetto è più specifico dell'abituale traduzione letterale in possibilità, sostantivo subdolo, che si annida nelle esperienze quotidiane e che innesca meccanismi concettuali di ben più ampio respiro, coinvolgendo, ad esempio, la filosofia e la matematica (non per nulla protagoniste in non poche sentenze²). Partendo, infatti, dal presupposto che, nell'esperienza, se qualcosa succede vuol dire che era possibile, la possibilità finisce inevitabilmente a coinvolgere l'attualità e dunque l'esistente, aprendo le porte a campi, come quello delle scelte e delle previsioni, spesso difficili da governare senza il ricorso al compromesso.

Nel diritto, poi, la possibilità, nel senso di chance e dunque di opportunità di migliorare qualcosa, è ormai accolta come un bene da proteggere ed, eventualmente, da risarcire se il soggetto ne viene privato.

Il punto di partenza è, dunque, un contesto in cui il soggetto ha un'occasione di migliorare la situazione della propria sfera giuridica (coinvolgendo beni di diversa natura, come il denaro, la salute, il successo), con l'opportunità di cimentarsi in un percorso per nulla sicuro quanto al risultato ma, possibilmente, portatore di evoluzione positiva.

Così avviene, ad esempio, per il paziente che ha l'opportunità di migliorare il proprio stato di salute, il lavoratore che ha l'occasione di crescere professionalmente ed economicamente, l'artista che s'iscrive a un concorso, l'imprenditore che partecipa ad una gara di appalto, il cliente dell'avvocato che inizia un processo dall'esito tutt'altro che

¹ Si veda FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1088; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 85; LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2019, 364; cfr. anche Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323, in www.giustiziaamministrativa.it.

² Ne sono un esempio Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 841, con nota di GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, ivi, 841 ss. e Cass., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991.

scontato. Da questo punto di vista, la chance si presenta in tutta la sua insicurezza e precarietà; non per nulla, significativamente, la lingua francese utilizza l'espressione *bonne chance* per augurarsi buona fortuna.

Perdere l'occasione di fare un tentativo, sia che riguardi la salute sia che riguardi il denaro o il successo, è ormai lesione accettata come voce risarcitoria e si propone storicamente come argomento provocatorio di ampie discussioni. Nel diritto questo avviene, soprattutto, quando si presentano situazioni ove, pur a fronte di una condotta da ritenersi censurabile, la mancanza di certezza circa l'esser l'attività pretendibile - ma non realizzata - *più probabilmente che non* idonea a ottenere il bene (la vita, oppure il miglioramento della salute, la vittoria del premio o del processo, l'afflusso di denaro o l'avanzamento di carriera), lascia spazio, in presenza di determinati presupposti, all'intervento di un'autonoma sorgente di risarcimento rispetto al danno da risultato mancato.

Il punto di partenza, purtroppo, di queste analisi, è che si pretende di risolvere efficacemente in diritto temi che già dal punto di vista scientifico appaiono problematici. Con riguardo alla probabilità, in particolare, se nell'ambito filosofico e logico Bertrand Russel amava ripetere che ad essa corrisponde *il concetto più importante della scienza moderna, soprattutto perché nessuno ha la più pallida idea del suo significato*, il matematico Bruno de Finetti alla domanda *che cos'è la probabilità?* era solito rispondere che *la probabilità non esiste*³. Da qui, si comprende che, per quanti sforzi vi siano in diritto nel rincorrere classificazioni e criteri, occorre non perdere di vista il fatto che stiamo trattando di una materia che tormenta per definizione⁴.

2. Una teoria abbandonata: la perdita di chance come gradino di una scala eziologica.

Se guardiamo alle recenti decisioni in materia, a cominciare da quelle contenute nel c.d. Decalogo di San Martino⁵, vediamo che, seguendo il rinnovato orientamento della S.C., il tema della chance si ritiene debba essere affrontato sciogliendo ogni legame con il nesso di causalità diretto verso il risultato, negando la c.d. scala dei gradi di probabilità accertabile, almeno come argomentata in una delle più note sentenze in materia di causalità materiale⁶.

³ Interessanti gli spunti a cavallo tra matematica e diritto di ARRIGONI e PECCATI, *Diritto e matematica?*, in *uniurb.it*.

⁴ Non per nulla KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, 1844, collegava l'angoscia dell'essere umano proprio alla possibilità, al poter scegliere.

⁵ In particolare, Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903, con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

⁶ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, secondo cui *quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento*. Sul tema, può essere concesso un rinvio a LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*, *ivi*, 332.

Come si ricorderà, in questa scala ipotetica del nesso causale, il gradino più alto, nel senso di esigenza di convincimento, era riservato all'ambito penale, con particolare riguardo ai dettami della sentenza *Franzese*⁷, attraverso un'applicazione reale dell'art. 40 c.p.

Preso, quindi, come caposaldo il fatto che un antecedente può essere configurato come condizione necessaria dell'evento solo se esso rientra tra quelli che, scientificamente, conducono al risultato verificatosi in concreto, per pervenire al giudizio affermativo della responsabilità penale il nesso eziologico tra condotta ed evento va valutato non in semplici termini di probabilità statistica⁸, bensì alla stregua della certezza processuale, abolendo il ricorso immediato all'arido concetto percentualistico⁹.

In questo percorso¹⁰ sono state, alla fine e notoriamente, respinte sia la costruzione cosiddetta debole sia quella della certezza; si è suggerito, quindi, di non tenere in considerazione solo la legge statistica, ma di ispirarsi al criterio della probabilità logica, che tiene certamente in considerazione il dato percentuale ma, anche, tutte le particolarità del caso specifico¹¹. Il che non esclude che anche coefficienti medio-bassi, espressi in termini di probabilità statistica di un evento, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziario del necessario nesso di condizionamento; se la probabilità è di grado non elevato, l'accertamento deve avvenire a livello di altissima credibilità¹², potendo il giudice tener in considerazione le regole di esperienza, purché generalizzate¹³.

Sull'altro versante, quello civile, sappiamo bene che la S.C. ha attenuato drasticamente i criteri di ricostruzione del nesso causale in sede di imputazione della responsabilità¹⁴, partendo dal presupposto che in quest'ambito possa farsi riferimento a una diversa regola

⁷ Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Danno resp.*, 2003, 195, con nota di CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*, 201; CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessioni per la responsabilità civile del medico?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 257; STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767.

⁸ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2004, n. 36805.

⁹ Si veda, però, Cass. pen., Sez. IV, 25 novembre 2004, n. 19777, in *Foro it.*, 2006, II, 620, con nota di DI LANDRO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalla sentenza Franzese? Due nuovi esempi di causalità "more iuridico demonstrata"*; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 2126.

¹⁰ Alcune considerazioni di questo paragrafo sono riprese da LOCATELLI, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 904 ss.

¹¹ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32; CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 492.

¹² PADOVANI, *Relazione introduttiva*, in *Atti dell'incontro di studio sul tema Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2007, 14.

¹³ BRUSCO, *La causalità nella responsabilità penale del medico*, in *Danno resp.*, 2007, 1209; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 315, secondo il quale l'evento può esser imputato all'agente solo quando l'asserzione relativa all'esistenza del nesso di condizionamento soddisfi il requisito dell'alto grado di conferma o di credibilità, tale requisito potendosi considerare soddisfatto in tutte le ipotesi in cui il giudice, dopo aver enunciato le leggi universali e statistiche pertinenti, abbia poi accertato che si sono verificate le relative condizioni iniziali, sempre che sulla base dell'evidenza disponibile, risulti improbabile che l'evento si sia realizzato per l'intervento di processi causali estranei.

¹⁴ E' sempre la nota Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323.

di accertamento, concludendo che se nella valutazione dell'integrazione del reato occorre la prova *oltre il ragionevole dubbio*, ai fini meramente risarcitori è sufficiente il predominio della probabilità¹⁵.

L'orientamento, ormai comunemente accettato, anche se non immune da osservazioni¹⁶, che porta alla prospettazione dell'esistenza nel campo civile di un livello di valutazione inferiore rispetto a quello che domina il percorso di credibilità razionale¹⁷, offre una soluzione di causalità che si assesta sulla probabilità relativa o variabile, caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella pretendibile nel processo penale. Siamo, dunque, di fronte ad una logica secondo cui l'accertamento del nesso di causalità materiale si esprime attraverso il concetto della preponderanza dell'evidenza, che costruisce non solo la regola del *più probabile che non* ma anche quella della *prevalenza relativa della probabilità*¹⁸.

La prima regola presuppone che, per l'affermazione della verità dell'enunciato, vi siano una o più prove dirette - di cui è sicura la credibilità o l'autenticità - che confermano l'ipotesi, oppure una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa. La seconda rileva, invece, nel caso di multifattorialità nella produzione del danno, ossia ove esistano diverse ipotesi eziologiche confermate positivamente dalle prove acquisite nel processo. In tal caso, l'affermazione della verità va ricercata nel grado relativamente maggiore di conferma di un enunciato rispetto ad un altro sulla base delle prove disponibili¹⁹.

Siamo, comprensibilmente, in un ambito di compromesso (non si potrebbe, altrimenti, parlare con una certa libertà di *certezza probabilistica*) ove la probabilità viene intesa come

¹⁵ Corte di Giustizia CE, 15/02/2005, n. 12, in tema di tutela della concorrenza, secondo la quale *occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili*.

¹⁶ CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 54 ss., richiama un suo lavoro antecedente alla sentenza n. 21619 del 2007, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2003, rilevando come si dovrebbe impiegare la responsabilità per perdita di chances quale paradigma sul quale modellare la responsabilità proporzionale, dichiarata *auspicabile evoluzione dell'attuale sistema della responsabilità civile*. Si rinvia anche a LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 332

¹⁷ Da tempo si è calcata l'attenzione dell'interprete sia sulla diversa funzione delle regole (polarizzazione sulla pena da una parte e sul danno dall'altra, con riferimenti precisi anche al campo delle assicurazioni sociali e degli infortuni sul lavoro), sia sulla possibilità nel campo civile di rivolgersi alle persone giuridiche, sia sull'applicazione strettamente intesa del principio di legalità in campo penale nonché sul fatto che sul fronte civile si possa ricercare la responsabilità attraverso presunzioni legali o processuali, sia infine sul fatto che nell'alveo civile il nesso eziologico costituisce solo uno dei tanti criteri di imputazione dell'illecito; cfr. ZENO ZANCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, I, 362.

¹⁸ Ad esempio, Cass., 6 luglio 2020, n.13872.

¹⁹ Secondo ARRIGONI e PECCATI, *Diritto e matematica*, in *uniurb.it*, gli esempi a volte portati dalla giurisprudenza peccherebbero di poca dimestichezza con la matematica. Il riferimento, in particolare, è a Cass., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, secondo cui *esemplificando, se, in tema di danno da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica del 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata*. Gli Autori evidenziano che, in realtà, l'esempio non si addice in quanto la percentuale del 40% su un totale di ipotesi del 70% sarebbe comunque maggioritaria.

relazione logica *baconiana*²⁰ - facendo riferimento a chi che aveva fatto dell'esperienza il filo conduttore dei propri pensieri - preferendo tale impostazione a quella *pascaliana*, troppo connessa al calcolo delle probabilità²¹.

Ecco che, in questa situazione, la perdita di chance²² venne facilmente ad inserirsi in una sorta di terzo gradino di intensità del nesso causale, con percentuale inferiore rispetto a quelle della ragionevole certezza del processo penale e della probabilità qualificata del processo civile.

La chance, secondo questa costruzione, si rivolge bensì a qualcosa che il danneggiato avrebbe possibilmente ottenuto se non vi fosse stato il comportamento illecito; tuttavia, da un lato la sua perdita venne inquadrata come lesione di un bene diverso dal risultato (la vita, la salute, il denaro, la vittoria) specificando che ciò che andava risarcito era la perdita della possibilità di fare un tentativo per ottenere quel bene; dall'altro, la si propose come figlia di un nesso eziologico a gradiente minore, finendo nella critica di integrare un sostanziale espediente per superare le difficoltà dell'accertamento del nesso di causa in ordine ad un evento finale auspicato dal danneggiato²³.

3. La teoria ontologica della perdita di chance: l'incertezza diventa danno risarcibile?

Come sappiamo, nell'arco di un breve tempo segnato due sentenze fondamentali²⁴, la S.C. ha preso, con riguardo alla perdita di chance, una strada diversa, abbandonando ogni tipo di gerarchia che in qualche modo facesse riferimento a diversi gradienti eziologici.

²⁰ Si veda ad esempio Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, secondo cui lo *standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni).*

²¹ Secondo il pensiero n. 234 di PASCAL, trad. Devizzi, Milano, 1949, comunque ogni sforzo argomentativo sull'incerto è positivo: *ma quante cose facciamo per l'incerto! ... Ordunque quando lavoriamo per il domani, e per l'incerto, ci comportiamo ragionevolmente.*

²² FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La Responsabilità civile*, 2005, 447, considera la chance una privazione che si concreta comunque in una perdita presente e non futura contrariamente a quanto a volte veniva indicato in giurisprudenza, come ad esempio in Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e responsabilità*, con nota di VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*; sempre FRANZONI, *La responsabilità professionale dell'avvocato e del procuratore legale*, in *La responsabilità civile*, 2005, 750, qualifica il danno da perdita di chance come danno emergente e non come lucro cessante, inteso come danno futuro.

²³ Si veda PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 64; CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 46; V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urban. Appalti*, 2018, 294.

²⁴ Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Corr. giur.*, 2018, 904, con nota di TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione in prospettiva di comparazione*. La sentenza è stata, poi, ripresa nel Decalogo da Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903, con

Anzitutto, viene oggi postulata una distinzione tra perdita di chance patrimoniale e non patrimoniale, con differenziazioni proposte sulla base del carattere pretensivo o meno che esse mostrano²⁵. Da trattare diversamente sarebbe, infatti, il caso (pretensivo) dell'impresa con tutti i requisiti ma esclusa illegittimamente dall'appalto da quello (non pretensivo) in cui si è di fronte ad una situazione negativa del paziente in gravi condizioni e dell'erroneo, od omesso, intervento del medico che lo avrebbe potuto portare alla salvezza anziché alla morte.

Premesso che, come vedremo, concordo sui dubbi sollevati in ordine, quantomeno, agli effetti di tale distinzione²⁶ - avendo la convinzione che la chance, in qualunque forma la si voglia affrontare, non possa che emanciparsi completamente dal bene risultato, pena una degenerazione del suo concetto - va preso atto che esiste una ferma presa di posizione sul dibattito circa la natura ontologica o eziologica della chance, apertamente a favore della prima soluzione. Viene oggi, infatti, drasticamente respinta la tesi secondo cui la chance sarebbe omogenea al bene giuridico finale, la cui lesione potrebbe sussistere a fronte di un grado di probabilità inferiore al più probabile che non, con ciò prendendosi, come visto, le distanze dalla c.d. scala discendente della causalità che era stata ipotizzata nel 2007. Questo anche se, a ben vedere, non è che negli anni passati si fosse posto in dubbio che la chance integrasse un bene diverso e slegato da collegamenti particolari rispetto al risultato²⁷; sul piano processuale, ad esempio, se si esclude un'isolata soluzione di legittimità²⁸, la giurisprudenza ha costantemente rilevato che la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance dovesse assolutamente proporsi in via separata rispetto a quella da perdita del bene principale²⁹, proprio preso atto della differenza ontologica tra gli oggetti della richieste.

La vera novità della perdita di chance riguarda, dunque, la modalità del suo riconoscimento nel processo: ferma la sua essenza autonoma, essa non è più concepita nel senso di conseguenza di un'insufficiente relazione causale con il danno ma quale vera e propria

nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*

²⁵ VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di chance*, in *ridare.it*, 2019, 3. Invece, secondo FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1081, *si può distinguere tra chance patrimoniale e, in tale ambito, tra chance "pretensiva" e chance "non pretensiva", e chance a carattere non patrimoniale.*

²⁶ Che - secondo la S.C. - rilevarebbe anche sul piano degli effetti risarcitori. Mentre la liquidazione della chance patrimoniale potrebbe fare riferimento a valori oggettivi (con richiami alla giustizia amministrativa che sovente adotta un parametro percentuale al valore dell'appalto perduto da parte dell'impresa illegittimamente esclusa), il criterio da adottare per la perdita di una chance a carattere non patrimoniale giammai potrebbe essere proporzionale al risultato perduto, dovendo esclusivamente commisurarsi, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzare il risultato. Ne tratterò in seguito.

²⁷ La stessa Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, riferiva che la perdita di chance doveva individuarsi *come "bene", come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute.*

²⁸ Cass. 14 giugno 2011, n. 12961: *può superarsi la tesi secondo cui esito positivo probabile e possibilità di tale esito costituiscano oggetto di pretese risarcitorie diverse ed accedere ad un risultato per cui probabilità di esito favorevole dell'intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio, risentito a causa dell'omissione colposa del comportamento dovuto.*

²⁹ La questione sorge spesso sul piano processuale: se il danno da perdita di chance colpisce un bene diverso e non è contenuta, concettualmente e giuridicamente, nel danno da risultato occorrono due domande distinte con allegazioni separate e specifiche.

incertezza eventistica. Incertezza che diventa, quindi, fatto dannoso che, come tale, va sottoposto all'esame del previo accertamento di un nesso causale – da verificare con il metodo classico – con la condotta omissiva.

Ecco, dunque, che l'incerto stesso diviene protagonista del processo; quello che è stato definito un mero giudizio³⁰ si propone, alla fine, nella veste di evento di danno, aprendo le porte alla risarcibilità.

4. Un'ammissione: la perdita di chance tempera il criterio dell'*all or nothing*.

Nell'ambito del percorso innovativo della S.C., non si è mancato di riconoscere che la perdita di chance, qualunque costruzione eziologica le si voglia attribuire, mira a *temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. all or nothing, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità*³¹.

E' difficile, in effetti, negare che il percorso della perdita di *chance*, abbia avuto un'esplosione giudiziale proprio al fine di evitare una drastica applicazione del criterio per cui, una volta dimostrata la condotta colpevole, solo chi vince la battaglia del nesso causale con l'arma della probabilità ottiene un risultato (che è, come visto, pieno), senza spazi risarcitori per gli sconfitti.

Non ho, a dire il vero, mai trovato in questa soluzione necessità di *temperamento* né particolari situazioni da perfezionare, tantomeno sbilanciandosi a favore di una sola delle parti. Ho sempre pensato, piuttosto, che come l'imputato non è l'attore principale del processo penale – condividendo quantomeno il ruolo con l'esigenza collettiva di repressione del reato – così il danneggiato non è l'attore principale del processo civile, dovendo spartire la scena con il presunto autore dell'illecito, del quale l'ordinamento certamente non si disinteressa.

Tuttavia, è avvenuto che nei casi di mancata integrazione del nesso causale di fronte a situazioni magari borderline - in cui la negazione assoluta di risarcimento per mancanza di prova del nesso causale con il danno da risultato stonava con l'ammissione dell'esistenza di una chance oggettivamente spendibile - è apparso sufficiente spostare l'attenzione sull'oggetto della lesione, passando dal bene negato alla speranza negata di ottenerlo. Con questa operazione, si è alimentato un settore risarcitorio che viene oggi tenuto in doverosa considerazione da chi è chiamato, per legge o per contratto, a rispondere della condotta propria o altrui oppure a garantire il debitore dall'impoverimento dettato dal risarcimento del danno.

Si è giunti, per tal via e indipendentemente da teorie causalistiche³² od ontologiche, a costruire prospettive economiche che si propongono come tutt'altro che di consolazione se il diritto al risarcimento è accompagnato da soluzioni di liquidazione del danno in cui un settore (la perdita del risultato) contamina pericolosamente l'altro (la perdita della

³⁰ Secondo TRIMARCHI, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, 576 la chance non sarebbe un evento ma solo un giudizio, così non potendo assurgere a evento finale di un pensiero eziologico. Osserva, però, FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1082, che *siamo ormai abituati all'idea di un mondo fenomenico affiancato ad un mondo immateriale*.

³¹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903.

³² In cui, ovviamente, il percorso suggestivo è più facile.

possibilità di effettuare un tentativo per arrivare al risultato). Il presupposto, quindi, di partenza - se si vogliono seguire gli schemi che sinora hanno sorretto il risarcimento del danno in materie naturalmente incerte nelle quali o si accetta la soluzione proporzionale³³ o si cade, come avvenuto sinora, nel compromesso - è che si devono almeno tollerare alcuni accorgimenti per non rischiare di pervenire a soluzioni pericolosamente radicali.

Abbiamo visto che il sistema attuale sconta la premessa iniziale di riconoscere un rimedio di adattamento e accettazione del limite scientifico a fronte dell'incertezza di alcune materie, pena il blocco integrale delle possibilità risarcitorie³⁴. A questo punto, però, una volta accettato che il soggetto che si assume danneggiato ottiene l'integrale risarcimento della perdita del risultato attraverso un criterio probabilistico, qualunque esso sia, il contrappeso della soluzione compromissoria dovrebbe apparire ovvio: se si raggiunge il *più probabile che non* si ha diritto al bene risultato; se non si oltrepassa quella soglia, nessun risarcimento può esistere. E' una situazione, questa, drastica ma equilibrata, tanto che non sono nemmeno sicuro che si tratti, con la perdita di chance, di dare un appoggio ad un sistema claudicante,³⁵ perché l'accettazione di un compromesso non fa sì che il risultato si presenti, necessariamente, sbilanciato.

E', piuttosto, difficile non ammettere che la perdita di chance ha finito per creare un temperamento a favore del solo danneggiato, proponendosi come indirizzo teso "a concedere qualcosa"³⁶ in versione unidirezionale.

5. La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di chance: la soglia di serietà e la minaccia proporzionale.

Se la perdita di chance si deve accettare come lesione risarcibile prescindendo da soluzioni proporzionaliste, è opportuna una riflessione per comprendere in che modo la sua costruzione, soprattutto nel campo del danno non patrimoniale, possa dirsi accettabile giuridicamente, socialmente ed economicamente. Per quanti sforzi si proponano, infatti, qualche tarlo fisiologicamente è destinato a rimanere.

Il problema, a questo punto e cristallizzato in un decalogo giurisprudenziale il principio, è che occorre rendere, almeno, lo scenario sostenibile, non essendo pensabile che un allargamento delle maglie della perdita di chance porti alla soluzione della sicurezza di concedere comunque qualcosa a fronte dell'integrazione dell'elemento della colpa. Il risultato sarebbe uno sbilanciamento preoccupante verso un sistema in cui l'elemento variabile è dato solo dall'entità del risarcimento.

Il primo argine contro un perverso lasciapassare viene offerto dal grado di efficienza della chance, la quale per trovare tutela risarcitoria si dice debba essere seria e apprezzabile, non potendosi risarcire la semplice speranza o la chance infinitamente piccola.

³³ E' la soluzione che prospetta CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 54 ss..

³⁴ In fattispecie invase dalla non sicurezza della soluzione, l'accettazione del criterio della certezza controfattuale avrebbe inesorabilmente portato all'esclusione di ogni istanza risarcitoria.

³⁵ E' nota la definizione della perdita di chance quale una *stampella della zoppia causale*, richiamata anche da Cass., 9 marzo 2018, n. 5641; PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 64.

³⁶ Cfr. Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno resp.*, 2008, 51.

Qui i dubbi inesorabilmente si dilatano. Da 0 a 100, escludendo gli estremi, secondo nozioni di matematica e statistica o secondo teorie proporzionali del risarcimento tutto potrebbe chiamarsi probabilità. Tuttavia, nel nostro spazio di riflessione la chance ha da sempre trovato un limite risarcitorio nella propria sostanza, divenendo giuridicamente rilevante solo quella che dimostri di possedere un certo valore³⁷.

Il tema è oggi, economicamente prima che giuridicamente, quasi vitale; si vuole evitare di concedere dignità risarcitoria alla mera speranza o alla possibilità remota. E' un principio, questo, contrastato da chi – giustamente, essendo in conflitto con la giurisprudenza costante - anela alla regola proporzionale della responsabilità, adducendo che la misura della chance perduta sarebbe destinata a riflettersi sulla sola liquidazione del danno, non sull'esistenza del risarcimento³⁸.

Il tema della chance minore è sicuramente affascinante perché propone riflessioni che inevitabilmente toccano l'esperienza di ciascuno: matematica, sociale, filosofica prima ancora che giuridica.

Secondo il teorema della scimmia instancabile³⁹, per un quadrumane che preme a caso i tasti di una macchina da scrivere avendo a disposizione un tempo infinito esiste certamente la chance di comporre qualsiasi testo prefissato. Tuttavia, la probabilità di scrivere la sola prima lettera è 1 su 26 (numero dei tasti dell'ipotetica tastiera) che sale a 1 su 676 in relazione alle prime due. Poiché la probabilità diminuisce in maniera esponenziale con l'aumentare delle lettere da scrivere, facendo riferimento a sole 20 lettere la chance sarebbe di 1 su 10²⁹ circa, prossima a quella di comprare quattro biglietti della lotteria consecutivamente e vincere ogni volta il primo premio; siamo di fronte, pertanto, ad una chance immeritevole di esser presa in considerazione.

Se il teorema è ben comprensibile e accettabile, è vero anche che siamo abituati a sperimentare che le cose meno attese capitano, che i pazienti peggiori guariscono, che le cause apparentemente scontate hanno un esito diverso e che un allenatore di calcio⁴⁰ vince la Premier League quando il successo era dato 5.000 ad 1; con meno probabilità – dunque e secondo i bookmakers dell'epoca - di un imminente sbarco alieno o di Elvis Presley ancora in vita. Chiaro però che il nostro tecnico, nel caso di lesioni a seguito di un ipotetico

³⁷ Questo avviene sin da Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207, ove si rilevò che spettava al richiedente il risarcimento del danno da perdita di chance provare che la possibilità perduta era superiore al 50%. Ci si trovava, però e all'evidenza, in altra epoca, non ancora segnata dall'approccio al principio del *più probabile che non*.

³⁸ Per CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 50, *a fronte di una chance di ridotta entità, avremo un risarcimento di modesto importo, mentre avremo importi crescenti al variare della consistenza della chance perduta fino ad una somma prossima al risarcimento del danno rappresentato dall'avvenimento sperato*. L'autore si concentra sul fatto che nel nostro ordinamento non esisterebbe un principio in forza del quale non si debba accogliere una domanda avente ad oggetto un danno minimo.

³⁹ Il teorema divenne famoso grazie alla reinterpretazione data da EDDINGTON nel suo *The Nature of the Physical World*, 1929: *Se lascio che le mie dita vaghino sui tasti di una macchina da scrivere, potrebbe succedere che la sequenza generi una frase comprensibile. Un esercito di scimmie che battesse per un tempo sufficientemente lungo sui tasti di macchine da scrivere riprodurrebbe prima o poi tutti i libri del British Museum*".

⁴⁰ Claudio Ranieri, nel 2016, con il Leicester, conquistò contro ogni previsione un successo che gli valse, oltretutto, il premio come allenatore dell'anno da parte della FIFA, oltre all'inserimento nella Hall of fame del calcio italiano.

incidente stradale occorso poco prima della firma del contratto, non avrebbe mai potuto reclamare di esser stato privato della chance di vincere il campionato inglese o di finire nella hall of fame.

Il punto è che la *spes contra spem* non ha ragione di accesso all'ambito risarcitorio⁴¹, perché si è deciso esser degna di considerazione la sola possibilità concreta di pervenire al risultato sperato. La soluzione potrà scontentare i proporzionalisti, ma sicuramente la nostra esperienza ci ha abituati a selezionare i danni che meritano risarcimento dagli altri. Con riguardo ai danni non patrimoniali, ad esempio, è accettato il principio⁴² che la risarcibilità del pregiudizio presuppone che la lesione superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale, con esclusione dei danni futili, consistenti in meri disagi o fastidi⁴³.

Il secondo – e forse ancor più fondamentale – punto di sbarramento a un'illimitata e iniqua ammissione del danno da perdita di chance è che essa deve trovare liquidazione in un valore che non è nemmeno proporzionalmente riconducibile al risultato, pena lo stravolgimento dell'intero sistema.

La giurisprudenza più recente, come abbiamo visto, ha suddiviso, con un'operazione tagliente, la chance in patrimoniale a carattere pretensivo⁴⁴ e in non patrimoniale a carattere non pretensivo⁴⁵; questo, avviene sulla base del presupposto che la prima presenterebbe un *quid* preesistente su cui va ad incidere in modo negativo la condotta colpevole impedendo una situazione migliorativa, mentre la seconda – pur rappresentando un'aspettativa di miglioramento – sarebbe morfologicamente diversa rispetto alla prima.

Ora, al di là delle differenze strutturali, il punto è che la distinzione è stata dichiarata rilevare sul piano degli effetti risarcitori. Se la chance è patrimoniale, infatti, sarebbe possibile fare riferimento a valori oggettivi adottando parametri percentuali⁴⁶; se, invece, la chance perduta è non patrimoniale, la liquidazione dovrebbe risultare esclusivamente dall'applicazione del criterio equitativo.

Il punto è che se si accetta che la chance sia un bene ontologicamente diverso dal risultato, l'operazione di liquidazione della prima attraverso un criterio proporzionale al secondo

⁴¹ Paolo di Tarso nella sua *Lettera ai Romani*, 4, 18, con riguardo ad Abramo che *credette, saldo nella speranza contro ogni speranza*.

⁴² Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, con nota di POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, ivi, 76.

⁴³ Più problematico, forse, il progetto nel campo della perdita di chance patrimoniale, ove tuttavia è indiscutibilmente ammesso il criterio risarcitorio equitativo. Si veda Cass, ord., 17 novembre 2020, n. 26051, che applica l'art. 1226 c.c. al danno patrimoniale con il limite che il giudice abbia previamente accertato che un danno esista, indicando le ragioni del proprio convincimento. Il ricorso alla liquidazione equitativa è quindi ammissibile solo se sia certo (per essere stato debitamente provato da chi si afferma danneggiato) che il bene venuto meno avesse un concreto valore oggettivo, e non meramente ipotetico.

⁴⁴ Che presuppone una situazione preesistente positiva che non trova il suo sviluppo naturale a causa di un evento negativo, imputabile al danneggiante.

⁴⁵ Che presuppone la presenza di una situazione negativa il cui naturale decorso non viene impedito dal danneggiante.

⁴⁶ Secondo Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, *in sede di accertamento del valore di una chance patrimoniale è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi e 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*.

appare non solo illogica ma pericolosa. Partendo dal presupposto⁴⁷ che la perdita di chance si risolve nel sacrificio di un'opportunità di raggiungere il bene sperato e che è stata respinta ogni teoria proporzionale o causalistica, non si può concettualmente concedere che la sua liquidazione avvenga con il ricorso a un rapporto percentuale al bene fondamentale.

E' assolutamente innegabile che il risultato (si pensi alla salute in un caso di responsabilità sanitaria) rimanga sullo sfondo di ogni analisi, ma non è abdicabile il punto di partenza del ragionamento, che lo vede come bene ontologicamente diverso dall'occasione perduta. Questo dovrebbe valere per qualsiasi modello di chance perduta e il principio dovrebbe emergere nel proprio rigore per giungere a distanziare l'interprete dalla tentazione di assumere, nel procedimento mentale teso a una soluzione, che sarebbe solo fittiziamente equitativa, un approccio di rapporto tra occasione mancata e risultato.

Lo stesso utilizzo del criterio dell'equità non può prescindere dalla considerazione, fondamentale, che se stiamo parlando di beni diversi una liquidazione, pur dichiaratamente equitativa, del danno da perdita di chance corrispondente o anche solo prossima alla percentuale di chance perdute rispetto al valore del risultato disesterebbe la costruzione creata. Se non ci si distanzia concretamente da quei valori, si finirà col creare un sistema risarcitorio non solo concettualmente difficile ma autodistruttivo, perché un approccio di questo genere sarebbe difficilmente sostenibile per chi è chiamato a gestire – in un progetto sempre più attuale di distribuzione dei rischi e dei costi sociali⁴⁸ - il debito di prestazione e le sue conseguenze⁴⁹.

⁴⁷ Come visto, separata dal risultato e strutturata in via risarcitoria con la verifica dell'esistenza di un nesso causale tra la condotta dell'autore dell'illecito e una situazione di incertezza: Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903.

⁴⁸ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, ad esempio, richiama il tema della *complessa distribuzione dei rischi*, cogliendo l'evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, immaginata, all'epoca della codificazione del 1942, in una dimensione sinergica tra una vera e propria *Generalklausel* (l'art. 2043 cit.) e le successive norme esemplificative, secondo una struttura aperta dell'illecito, ma pur sempre secondo funzionalità di tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene via via "ripensata" come storia (anche e soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato "costo" sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggiati).

⁴⁹ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in questa *Resp. civ. prev.*, 2008, 2360.