

Capitolo Primo

La fattispecie

Sommario: 1. La chance. Concetto e significati. – 2. La chance nella prassi. La probabilità come bene in sé e le critiche. – 3. La chance come entità autonoma. Il rapporto tra la chance ed il danno finale. – 3.1. La chance ed il danno finale. – 4. La chance e l’ingiustizia del danno. – 5. La chance e l’aspettativa. – 6. La chance come diminutivo del danno futuro, lucro cessante, danno emergente. – 6.1. La chance di vincere una causa. – 6.2. La chance nei rapporti di lavoro. La chance della chance. – 7. La chance e il risultato finale. – 7.1. Il rapporto tra la chance ed il danno finale. Il rischio durevole.

1. La chance. Concetto e significati

Il termine “chance” può assumere due significati diversi a seconda che sia usato al singolare o al plurale. Nel primo caso indica il modo favorevole o sfavorevole con cui un avvenimento può prodursi, ed assume un significato prossimo ai termini “alea” o “rischio”. In questo senso il concetto vale per i casi presi isolatamente, di cui non è certo l’esito: un candidato ad un concorso può vincere o meno in base ad una serie di fattori che attengono soltanto a quel singolo evento, così che quel caso non è inseribile utilmente in una statistica già data. Non si dispone, in altri termini, di una serie di casi simili utili a decidere quello di specifico interesse. Il fatto che altri candidati hanno vinto in passato quel concorso, o il fatto che quel candidato ne abbia vinto di altri, sono precedenti niente affatto indicativi della chance che il candidato aveva di vincere il concorso da cui è stato illegittimamente escluso.

Al plurale il termine, invece, indica la probabilità con cui un evento può presentarsi in una *serie* di casi. La guarigione da un morbo può seguire con una certa frequenza (o probabilità) ad una data terapia. In questo secondo caso si dispone di una inferenza statistica in base alla quale valutare la fattispecie concreta. Solitamente l’inferenza statistica è usata come prova della

chance. Se nel 70% dei casi la somministrazione di penicillina ha guarito dallo streptococco, si deduce che, nel caso concreto, il paziente aveva il 70% di chance di guarire se fosse stato curato con penicillina.

Il problema creato della inferenza statistica, nella determinazione della chance, è facilmente intuibile.

Il fatto che una chance statisticamente media sia di $x\%$ non vuol dire che è anche di $x\%$ in ciascun caso individuale. Se c'è una chance di sopravvivenza di $x\%$ in generale per una data malattia, a condizione che venga curata in un certo modo, ciò non implica che anche nel caso concreto il singolo paziente abbia quella medesima probabilità di guarigione.

Eppure spesso l'inferenza statistica (ossia, v 'è una percentuale x in astratto, calcolata su una generalità di casi), diventa anche prova della chance individuale (quella percentuale x è anche riferibile al caso singolo). La giurisprudenza non esita a fondarsi su basi statistiche anche per le chance per le quali una differenza particolarmente evidente esiste tra valore medio statistico e valore individuale, come nel caso di chance di nuove nozze di un vedovo o di una vedova¹. Ed è evidente che la questione di sapere se una persona si risposerà è un affare assolutamente personale, rispetto al quale una qualsiasi statistica sulla percentuale dei vedovi che si sono, di fatto, risposati non ha alcun valore predittivo. Ed è evidente che la suggestiva obiezione secondo cui, in casi simili, la stima della probabilità è falsa quale che sia il metodo usato, statistico o d'altro genere, non legittima di per sé l'inferenza statistica, fondandola come criterio elettivo per stimare la probabilità.

Un altro aspetto va messo in luce.

La chance individuale, ossia la chance che il singolo aveva di conseguire un risultato favorevole o di evitare una perdita, è, nella maggior parte dei casi, dedotta da quella generale, a sua volta costituita da una statistica.

In questi casi l'inferenza statistica è usata come prova: per stabilire se un malato di streptococco aveva una chance di guarire, se curato con penicillina, si allega a prova la statistica di quelli che, curati in quel modo, sono guariti.

Può sembrare che la chance, in questo secondo caso, sia più facilmente accertabile o calcolabile. In seguito vedremo meglio la fallacia di tale argomento, il quale viene giustificato dicendo che, se un avvenimento fortuito,

¹ Nel diritto svizzero, i tribunali di merito ritengono che la riduzione della indennità per la perdita del sostegno (da uccisione del congiunto, ad esempio, n.d.r.), dipende dalla probabilità di sposarsi nuovamente, e questa probabilità viene dedotta dalle tabelle di *Stauffer-Schaetzle*, ricavate dai dati statistici dalla Cassa nazionale. V. la giurisprudenza citata in P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^a ed., Berna, 1997, p. 520 ss.

preso isolatamente, resta impenetrabile quanto alle sue cause ed alla sua sopravvenienza, il raggruppamento di più casi, della medesima natura, permette di ricavarne delle regole costanti, delle leggi di probabilità.

Intanto non sempre è possibile raggruppare più casi tra loro e verificare la frequenza (probabilità) con cui essi accadono, o il modo con cui accadono. Come si è detto, per stabilire, ad esempio, la probabilità che un candidato ha di vincere un concorso, un cavallo di vincere una gara, non sempre si dispone di una pluralità di dati da mettere insieme: è la prima volta, ad esempio, che il candidato fa quel concorso, ed anche se ne abbia fatti altri in precedenza non è detto che essi presentino la medesima difficoltà o probabilità di riuscita.

Alcuni casi, quindi, non potendo essere inseriti in una serie di altri casi simili, restano eventi individuali, e non possono spiegarsi in termini di probabilità, nel senso scientifico in cui questa è intesa. Anzi, sono casi in cui è difficile dire, se non in modo arbitrario, che c'era una probabilità che il fatto di un terzo ha distrutto o fatto perdere². Da qui la difficoltà di comprendere una teoria della chance che faccia a meno di basi scientifiche sulla probabilità.

E ciò a maggior ragione se si considera che, reggendo la vita degli individui, il diritto deve necessariamente confrontarsi con la chance. Il carattere imprevedibile della chance, proprio perché influenza situazioni che il diritto vorrebbe rendere certe, desta interesse per i sistemi giuridici. A tacere d'altro la chance, per la sua imprevedibilità ed incertezza, è fonte di ingiustizia.

Del resto è nella natura del razionalismo contemporaneo un certo che di spirito egualitario che ci rende ancora più insopportabile la chance, e che induce il diritto ad affrontarla. Tradizionalmente l'atteggiamento prevalente è

² Anticipiamo qui un tema che sarà meglio discusso in seguito. Una candidata illegittimamente esclusa dal concorso sostiene di avere perduto una chance di superarlo rilevante, nel senso che la probabilità di vincere era superiore al 50%. La prova di tale percentuale viene ricavata dal fatto che il numero dei posti, sul totale dei candidati, era del 54%. Cass. 9.5.2018, n. 11165, che ha deciso il caso, ha ritenuto insufficiente tale probabilità, ed ha smentito il criterio per accertarla. La Corte ha ritenuto che occorresse una dimostrazione di maggiore certezza della chance di vincere, che non poteva essere fornita semplicemente allegando che il numero dei posti era del 54% rispetto a quello dei candidati. Sembra una regola sulla chance, e sui criteri per valutarla, ma non è così. Piuttosto qui la Corte pretende una prova più rigorosa del nesso di causalità, anziché della perdita di chance: lo dice esplicitamente. Ma altro è la prova del nesso causale, altro la prova, che, certo essendo quel nesso, v'era una probabilità andata perduta. In *Chaplin v. Hicks (1911-13) All E.R. 224 (CA)*, invece la Corte, stimando che v'erano 12 posti e 50 concorrenti, ha attribuito alla candidata il 25% di probabilità di vincere.

stato quello di credere che il rischio si potesse eliminare ignorandolo, ossia escludendolo dalla vita giuridica. Ma, come ha osservato Weber, almeno negli ultimi due secoli la tendenza dei sistemi giuridici occidentali è consistita in un processo irresistibile di razionalizzazione crescente, che ha portato, tra l'altro, il diritto ad affrontare la chance, includendola, ossia razionalizzandola, nel suo sistema.

La chance può tornare utile per una concezione del mondo giuridicamente intesa, nel senso di fornire la concettualizzazione dell'incertezza e della impossibilità di risolverla. La chance è un elemento necessario in un sistema giuridico completo, che deve tener conto del fatto che socialmente la probabilità stessa è considerata una cosa meritevole di protezione giuridica.

Questo processo di governo della chance è, almeno nelle declamazioni, avvenuto attraverso l'uso di sistemi della probabilità; il diritto combatte la sua lotta contro la chance, elemento di ingiustizia e di incertezza, ricorrendo ad una scienza ausiliaria.

Ciò non elimina l'incertezza, dal momento che le teorie della probabilità servono a dire quanto un dato evento è probabile, ma non servono a dire che è certo.

Così, il diritto accetta la probabilità pensando di averla dominata, e si fa forte di un malinteso pensiero cartesiano, secondo cui "è una verità certissima che quando non sta in noi scorgere le opinioni più vere, dobbiamo seguire le più probabili"³.

Restano infatti aperte delle questioni. La probabilità può servire a calcolare il valore della chance, nel senso che il grado di probabilità di quest'ultima sarà la misura del risarcimento. Ma può darsi una diversa impostazione, ossia che, ritenuta sufficiente una certa probabilità (che il candidato vincessesse il concorso, che il paziente guarisse, ecc.), la perdita della chance si risarcisca non già in base a tale probabilità, ma per l'intero.

La prassi corrente, seguendo la regola del "tutto o niente", di cui meglio vedremo in seguito, propende per la seconda soluzione. La regola in realtà attiene al piano causale, ossia: se l'attore dimostra il nesso di causalità lucra l'intero risarcimento, mentre non ha diritto ad alcunché se non riesce in quella dimostrazione. Se la soglia è fissata la 50,1% ad esempio, l'attore deve dimostrare che la probabilità che la condotta del convenuto abbia causato il danno supera quella soglia; se la dimostrazione si ferma al 49%, ad esempio, il convenuto, non avendo dimostrato con sufficiente probabilità il nesso di causalità, non ottiene alcun risarcimento.

L'ingiustizia di questo criterio, che esclude le vittime che forniscono una

³ R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, 1637, seconda massima (p. 307 della trad. it.).

prova ad esempio del 49% è combattuta usando la chance come criterio causale, come vedremo meglio in seguito.

E questa confusione è favorita dal modello italiano di chance risarcibile.

2. La chance nella prassi. La probabilità come bene in sé e le critiche

Il modo in cui la prassi italiana concepisce la chance è significativo. La giurisprudenza in particolare⁴, ritiene che la chance sia “un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”⁵. La prassi in tal modo tratta la chance come una probabilità individuale, che sta nel patrimonio del danneggiato, e che il terzo, con la sua condotta, distrugge. Richiede peraltro che si tratti di una probabilità apprezzabile e non di una mera possibilità⁶. In sostanza, la probabilità di qualcosa (di vincere un concorso, di avere una promozione, di guarire da un malessere) è considerata un valore in sé, che esiste autonomamente nel patrimonio del danneggiato, e che è giuridicamente rilevante solo se seria.

Questa prassi ha cura di precisare che, pur così intesa, la chance non coincide ovviamente con il danno finale (perdita di un bene, mancato guadagno), ma si identifica con la mera probabilità di quel danno⁷. Ed è questa probabilità in sé che costituisce un bene, nel patrimonio della vittima, la cui perdita è danno risarcibile. In sostanza, la chance ha un valore che le viene conferito dalla probabilità stessa: avere una probabilità è già, di per sé, avere un valore nel patrimonio attivo.

Del resto, si osserva, a sostegno di questa conclusione, che la probabilità in sé è un valore che il mercato riconosce. Chi acquista una schedina del lotto, acquista una probabilità, di cui può disporre, cedendola a titolo oneroso o gratuito; allo stesso modo, chi compra titoli di borsa, compra una probabilità. Esempi questi del fatto che le probabilità sono valori di mercato, beni che interessano in quanto tali, il diritto.

Ma, si può obiettare che una chance, intesa quale probabilità di un dan-

⁴Ma sembra che parte della dottrina condivida, M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 945 ss., in part. p. 952 ss.

⁵Cass. 15.2.2018, n. 3691; Cass. 14.3.2017, n. 6488.

⁶Cass. 14.11.2017, n. 26822.

⁷Cass. 8.6.2018, n. 14916.

no, e risarcita in quanto tale, non è destinata a restare allo stadio di chance, ma ha la tendenza inevitabile ad essere realizzata in modo favorevole o sfavorevole. La chance non è mai destinata a conservare il valore che le conferisce la probabilità, in quanto questo valore è destinato ad essere o accresciuto dal conseguimento del vantaggio o annientato dalla perdita⁸.

Conseguentemente e logicamente, se si risarcisce la vittima per equivalente della probabilità perduta, la si pone nella situazione in cui si sarebbe trovata se avesse venduto la sua chance, non già in quella in cui si sarebbe trovata se la chance fosse diventata vantaggio definitivo, ossia si fosse realizzata⁹. Questa è una difficoltà logicamente evidente dell'indirizzo che concepisce la chance come un valore in sé, soprattutto se si considera che quella probabilità contribuisce al valore del risarcimento, ed invece dovrebbe servire solo a consentire ai giudici di stabilire se il vantaggio (che al momento dell'illecito è solo probabile) si poteva realizzare effettivamente o meno.

Più per ragioni di politica del diritto che per la logica della situazione giuridica, la giurisprudenza isola la chance come una sorta di proprietà anteriore della vittima, di cui quest'ultima è privata per colpa dell'agente.

Alcune ragioni di dissenso possono opporsi a questa costruzione pretoria.

Intanto si tratta di una costruzione artificiosa, come è dimostrato dal caso della responsabilità medica, dove non c'è una probabilità di guarigione che preesiste all'intervento medico, e che il medico fa venir meno per un suo errore. Il paziente non ha probabilità di guarire prima che il medico intervenga; le ha solo se quest'ultimo pratica un intervento e le ha a causa di tale intervento, non già di per sé.

E, del resto, la perdita di chance di guarire o di sopravvivere è un puro gioco di parole, essendo il danno, in questi casi, la morte o la perdita della salute. Invece nella dottrina della chance medica, la morte, grazie ad un eufemismo giurisprudenziale, diventa perdita di chance di sopravvivenza¹⁰.

Nel caso della responsabilità medica, difficilmente la chance perduta è, da un punto di vista logico, distinguibile dal pregiudizio finale¹¹.

⁸ Già, in tal senso, J. CAREL, nota a Cass. crim. 18.1.1956, in *Jur. class. period.*, 1956, II, 9285.

⁹ A. BENABENT, *La chance et le droit*, Paris, 1973, p. 180.

¹⁰ P. CONTE, *Responsabilité du fait personnel*, in P. RAYNAUD-J.L. AUBERT-E. SAVEAUX (a cura di), *Repertoire de droit civil*, t. IX, 2011, n. 220, scrive che la discussione sulla differenza tra la perdita di chance di sopravvivere e la perdita di una chance di evitare la morte è la più accattivante dopo quella sul sesso degli angeli.

¹¹ J. PENNEAU, *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance?* in

Inoltre, la sostituzione del danno concreto (“perdita di salute” o “perdita della vita”) con uno diverso, ed astratto (“perdita della chance di guarire”), rischia di trasformare l’obbligazione del medico da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato¹². Infatti, il modello di ragionamento causale che si utilizza è quello di verificare se, agendo diversamente, il medico avrebbe evitato di far perdere la chance, e dunque avrebbe ottenuto un risultato¹³, proprio in quanto motivo del risarcimento è la perdita della chance di un risultato.

L’idea, dunque, della chance come una proprietà anteriore della vittima non è priva di inconvenienti logici, e soprattutto non risolve i problemi che la figura della chance è votata ad affrontare.

Come vedremo meglio in seguito, la concettualizzazione dell’incertezza attraverso la chance risponde alla necessità di supplire alle conseguenze del criterio del “tutto o niente” in fatto di prova della causalità materiale. Ed è questa esigenza che condiziona negativamente la concettualizzazione della figura.

3. La chance come entità autonoma. Il rapporto tra la chance ed il danno finale

La questione di sapere se la perdita di una chance attiene al nesso di causalità o al danno è tra le più delicate della teoria della chance in diritto. Queste difficoltà di classificazione dogmatica appaiono ben chiare alla dottrina francese, che denuncia la confusione dell’alea intrinseca al pregiudizio con l’incertezza sulla linea causale¹⁴, e distingue tra “vera” teoria della chance, ossia quella teoria che non è vittima di tale confusione, e “falsa” teoria della chance che riferisce, a torto, la teoria della chance al dominio della causalità¹⁵.

L’avvio al problema è, a sua volta, riferibile alla giurisprudenza francese,

Rev. int. droit comp., 1990, p. 538; L.M. ROUBIK, *Recent Development: Recovery for “Loss of Chance”*, in *Wash. Law Rev.*, 1984, p. 985.

¹² Già F. CHABAS, *Vers un changement de nature de l’obligation médical*, in *Dalloz*, 1973, doc. 2541.

¹³ G. MEMETEAU, *Perte de chance en droit médical français*, in *McGill Law Journ.*, 1986, p. 125 ss.

¹⁴ F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 227 ss.

¹⁵ Oltre al già citato F. CHABAS, *op. ult. cit.*, p. 230, v. anche G. VINEY-P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, n. 370; ma già R. SAVATIER, *Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin*, in *Dalloz*, 1967, Chr., n. 66.

che ha per prima utilizzato la figura per supplire ad un difetto di certezza del nesso causale tra la condotta del medico ed il danno del paziente, con lo scopo di riconoscere una responsabilità parziale, nei casi in cui era incerto se riferire il danno alla condotta del sanitario¹⁶. La reazione della dottrina è stata, nella sua forma più critica, di ritenere che la nozione di chance, come utilizzata dalla giurisprudenza di allora, fosse il dominio dei giudici indecisi, che confondono il grado di chance perduta con il grado della loro incertezza sul nesso di causalità¹⁷.

Non è ben chiaro, sia nelle impostazioni critiche che in quelle favorevoli a tale orientamento, quali siano i termini del nesso di causalità, ossia rispetto a quale danno va misurata l'efficienza causale della condotta.

Un paziente affetto da cancro consulta un medico che ritarda in maniera colpevole il trattamento appropriato. Qualche mese dopo, il malato muore. Noi non possiamo sapere se sarebbe sopravvissuto se fosse stato trattato in tempo. Sarebbe magari morto anche con un trattamento diligente.

Un cliente incarica il suo avvocato di fare appello avverso una sentenza sfavorevole, ma il difensore ritarda colpevolmente l'impugnazione, che viene dichiarata inammissibile. Non possiamo sapere se l'appello sarebbe stato coronato da successo, se fosse stato presentato per tempo. L'alea della giustizia avrebbe potuto decretarne comunque l'inammissibilità o l'infondatezza.

Uno scommettitore punta su un cavallo da corsa, che viene ferito da un automobilista durante il trasporto all'ippodromo, e non può così partecipare alla competizione. Non sappiamo se avrebbe vinto comunque, avrebbe potuto perdere per altre ragioni.

Il punto è su quale elemento della fattispecie verta l'incertezza. Si può dire che in questi esempi è incerto il nesso di causalità: non sappiamo con certezza se il decesso del paziente è avvenuto per causa del medico, così come non sappiamo con certezza se la causa è stata persa per la negligenza dell'avvocato, e se la perdita dello scommettitore ha la sua ragione nel ferimento dell'animale da parte dell'automobilista. Questo modo di vedere traduce la questione della chance in termini di incertezza del nesso casuale. Scegliere di risarcire la chance significherebbe allora riconoscere il nesso di causalità

¹⁶ *Leading case* una sentenza della Corte di appello di Grenoble del 24.10.1962, in *Rev. trim. droit civ.*, 1963, p. 334 con nota di A. TUNC, seguita da Cass. civ. 18.3.1969, in *Dalloz*, 1970, somm., 70.

¹⁷ R. SAVATIER, *Une faute puet-elle engender la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, in *Dalloz*, 1970, Chr., p. 123 ss.

anche se incerto, o diremmo meglio, soltanto probabile. Ciò in quanto si applica al nesso di causalità il modello di accertamento proprio della chance. Questo accade perché si istituisce una relazione causale tra la condotta del convenuto ed il danno finale (la perdita della causa, la vittoria della gara, ecc.), danno finale che è incerto. Il che significa che se si afferma la responsabilità in questi casi ci si espone alla censura di avere ritenuto esistente un nesso di causalità tra la condotta ed un danno incerto.

Facciamo un altro esempio, che ci torna utile per il seguito. Un tale ruba del denaro a chi si appresta a giocarselo al Casinò. Ovviamente non si discute della perdita inflitta al patrimonio in quanto tale, ossia della sottrazione del denaro, che è un danno certo e non una lesione della chance. Si discute se il furto possa essere causa di un ulteriore danno (oltre a quello consistente nel valore del denaro rubato) coincidente con la perdita di una chance, ossia con la perdita di una probabilità di guadagno che il derubato aveva giocando la somma alla roulette. La difesa del convenuto dirà che non era certo il danno finale, e che se il nesso di causalità va istituito tra il furto e la perdita della probabile vincita, non sarà mai possibile accertarlo. Se il rapporto causale da accertare è tra la condotta ed il danno finale, l'obiezione condizionalistica sarà sempre efficace: il furto, nell'esempio fatto, non è *condicio sine qua non* della perdita. Il derubato avrebbe potuto perdere i suoi soldi, o non vincere alcunché, anche se non avendoglieli rubati il convenuto, li avesse giocati. E così per ogni altro caso in cui la chance sia fatta coincidere con la probabilità di un danno finale.

Ma questa concettualizzazione può essere cambiata. Ed è quello che accade quando si dice, come fa la giurisprudenza italiana, che la chance è un valore, un'entità patrimoniale a sé stante, diversa dal danno finale, e che la sua lesione conta indipendentemente dalla circostanza, essa, sì, incerta, che un danno finale si realizzi o meno. In questa impostazione la perdita di una chance è un danno indipendentemente dal fatto che si realizzi il danno finale: non è necessario ricercare se la vittima avrebbe subito un danno finale anche in assenza del comportamento colpevole del convenuto.

La teoria della chance, quale autonoma entità, presente nel patrimonio del danneggiato prima della condotta lesiva, offre alla vittima una protezione contro le obiezioni condizionalistiche nei casi in cui questo tipo di rapporto causale non può essere stabilito. La novità sta nel fatto che la perdita di una chance consente questo risultato non già proponendo un altro e diverso concetto rilevante di causalità, ma sostituendo un pregiudizio rilevante con un altro.

Il nesso causale è istituito dunque non già tra la condotta ed il danno fina-

le, ad esempio la morte del paziente, ma tra la condotta e la perdita di chance. Si capisce come questa soluzione, che postula l'esistenza nel patrimonio della vittima di una chance come entità autonoma, presuppone, per l'appunto, la distinzione tra il caso in cui una chance vi sia e quello in cui non è ravvisabile affatto.

In questo modo vi sarebbero due linee di causalità: una tra la condotta ed il danno finale, ad esempio la vita del paziente, e l'altra tra la condotta e la perdita di chance¹⁸, con esiti diversi, a seconda che una chance vi fosse o meno.

Ad esempio, in un primo caso, una paziente, che non corre pericolo di vita, si presenta in ospedale per essere operata ad un'ernia, ma ne muore. La perizia stabilisce che il medico è in colpa, ma risulta incerto se questa colpa sia causale, non riuscendo la perizia a spiegare con probabilità le cause del decesso. In un secondo caso una paziente affetta da cancro consulta un medico, che commette un errore. La paziente decede, ma anche qui non v'è prova che quell'errore sia causa della morte¹⁹. In entrambi i casi non è provata con sufficienza che la colpa del medico abbia causato l'evento finale (morte). Tuttavia, si dice, nel secondo caso, v'era un'alea, o meglio v'era una chance di evitare l'evento finale (la morte) che non v'era nel primo caso (dove non v'era alcun rischio di morire). Ed è questa chance che è andata perduta. Il pregiudizio, nel secondo caso, è la perdita di quelle chance di sopravvivenza, che esistevano prima che il medico intervenisse, ma che invece non v'erano nel primo caso²⁰.

3.1. La chance ed il danno finale

In sostanza, nello schema della chance quale bene autonomo, operano due pregiudizi alternativi: il danno finale e la perdita della probabilità di evitarlo. Quest'ultima conta di per sé e può essere imputata all'agente anche se la sua condotta non è in relazione causale con l'evento finale. Nei casi in cui v'è una probabilità di evitare il danno, si riscontrano due linee di causalità,

¹⁸ Oltre a N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, cit., p. 283, anche H. STOLL, *Schadenersatz fürverlorene Heilungschancen von englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in *Festschrift für Erich Steffen*, Berlin-New York, 1995, p. 473 ss.

¹⁹ Esempio ispirato a quelli di F. CHABAS, *La perte d'une chance en droit français*, in O. GUILLOD (a cura di), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich, 1991, p. 139 ss.

²⁰ F. CHABAS, *op. ult. cit.*, p. 133.

proprio perché sono astrattamente ipotizzabili due diversi pregiudizi: il danno finale (ad esempio la morte del paziente) e la perdita della probabilità di evitarlo. Quest'ultima è costituita come un pregiudizio autonomo²¹, consiste nella lesione della probabilità di evitare il danno ed integra un interesse autonomo rispetto al danno finale.

A sorreggere questa convinzione vi sarebbe l'argomento per cui se il medico non ha cagionato la morte, che sarebbe comunque giunta per cause naturali, può aver causato invece la perdita di chance (di guarire o di sopravvivere più a lungo, o di sopravvivere meglio il tempo rimanente). Il che presuppone che, conformemente all'orientamento giurisprudenziale, la chance sia un'autonoma entità che esiste nel patrimonio della vittima, prima che il medico (e ciò vale per altre categorie di agenti) intervenga, e che il medico, colposamente, riduce o fa perdere del tutto.

Se non v'è prova che la condotta abbia cagionato la morte può esservi prova che abbia fatto perdere le chance di guarigione o di più lunga sopravvivenza²².

Il problema causale sarebbe risolto dicendo che il nesso tra condotta e perdita di chance si accerta con gli usuali criteri in tema di causalità, e non prendendo a riferimento la percentuale di probabilità della chance.

In sostanza, cambia l'evento, ma non il criterio per accertare se sia stato causato dall'attore. Il nesso di causalità tra la condotta e la perdita della chance deve essere accertato con i criteri usuali, e non confuso con la percentuale di probabilità della chance²³. Ad esempio, se v'era una probabilità

²¹ La giurisprudenza italiana parla di entità suscettibile di autonoma valutazione economica.

²² Ed è detto del resto che il nesso di causalità tra la condotta e la chance è diverso dal nesso di causalità tra la condotta e l'evento concreto (ad esempio la morte), e che il primo, al pari del secondo, va provato pienamente e la prova non consiste nella percentuale di probabilità della chance. V. F. CHABAS, *note sous Cass (crim.) 9.1.1979*, in *Jur. class. period.*, 1980, II, 19272; Y. CHARTIER, *La réparation du prejudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, p. 38 ss.; nella giurisprudenza americana *Smith v. State Dept. of Health & Hosp.*, 676 So. 2d 543, 546 (La. 1996).

²³ Merita riportare un passo della motivazione di Cass. 27.3.2014, n. 7195: "quando si discorre in termini di perdita di chance, vale a dire di perdita della possibilità di ottenere un risultato utile, occorre dare per scontato che '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 chance, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta' (così Cass. n. 4400/2004). Pertanto, una volta individuata una chance, per definizione consistente in mera possibilità (la cui esistenza sia però provata, sia pure in base a dati scientifici o statistici, come nel caso di specie), va indagato il nesso causale della perdita

del 20% di ottenere un risultato favorevole (o evitare una perdita), non vuol dire vi sono 20% di probabilità che l'attore ha causato la perdita di chance: quel 20% indica la probabilità in sé, ossia la speranza che il danneggiato aveva di un risultato favorevole, così che altro discorso è accertare con quale probabilità si può dire che quel 20% gli è stato tolto dal convenuto (può darsi che risulti dunque che si possa dire che all'80% il convenuto ha privato l'attore di una chance del 20%), altro è accertare il valore della probabilità in sé, ossia quale è la probabilità di ottenere il risultato sperato.

Questa costruzione è suggestiva.

Essa postula, come si è visto, che la perdita di una probabilità è un pregiudizio in sé, diverso dal danno finale. E sembrerebbe altresì postulare la coesistenza di due pregiudizi, quando il danno finale si realizza. Se il paziente, che aveva una chance di guarire, muore, questa tesi deve, per coerenza, ammettere (e lo fa, in sostanza) che i pregiudizi sono due, la morte, danno finale, e la perdita della probabilità di evitarla. Altrimenti, la chance perde la sua natura di entità autonomamente suscettibile di valutazione economica²⁴.

Una ulteriore necessaria conseguenza del fatto di intendere la chance come un bene autonomamente valutabile, dunque distinto, quanto a rilevanza, dal danno finale, è che il danneggiato può agire per il risarcimento di entrambi. In caso di mancata guarigione, il paziente (ma la conclusione vale anche per diverse ipotesi di chance) potrà agire sia per la perdita della probabilità che aveva di guarire, sia per il danno finale di non essere guarito.

di tale possibilità con la condotta riferita al responsabile, prescindendo dalla maggiore o minore idoneità della chance a realizzare il risultato sperato (cfr. Cass. n. 23846/2008), ma reputandola di per sé come 'bene', cioè un diritto attuale autonomo e diverso dagli altri, ivi compreso il diritto alla salute (cfr. Cass. n. 21619/2007). In questa fase, il ragionamento va di certo condotto in termini probabilistici, ma esclusivamente nell'indagare il rapporto tra la situazione fattuale e la perdita della possibilità del risultato utile, vale a dire nel compiere quella che è l'attività di 'accertamento' del nesso di causalità materiale così come connotata in ambito civile, con applicazione della detta regola c.d. del 'più probabile che non' (cfr. di recente Cass. n. 21255/2013, secondo cui 'Come per la causalità ordinaria, anche per la causalità da chance perduta (da intendere come possibilità di un risultato diverso e migliore, e non come mancato raggiungimento di un risultato solo possibile), l'accertamento del nesso di causalità materiale implica sempre l'applicazione della regola causale di funzione, cioè probatoria, del più probabile che non, sicché, in questo caso, la ricorrenza del nesso causale può affermarsi allorché il giudice accerti che quella diversa – e migliore – possibilità si sarebbe verificata più probabilmente che non')".

²⁴Natura pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza Cass. 25.8.2014, n. 18207; Cass. 12.8.2008, n. 21544; Cass. 15.5.2015, n. 10030.

Ognuno vede come questa tesi comporti una duplicazione del danno risarcibile. Ma non solo, in astratto, essa trascura la circostanza che, per quanto la chance possa essere un autonomo bene, distinto dal risultato cui tende, ha, per sua natura, la tendenza a risolversi in quel risultato finale: nessuna chance è destinata a rimanere tale; tutte evolvono verso un risultato, negativo o positivo. Ed è in quel risultato che si trasformano.

Se il paziente, che aveva una probabilità di guarire, e che aveva dunque un bene nel suo patrimonio, costituito da tale probabilità, decede, la chance che aveva di guarire scompare e fa posto al danno finale. Difficile ammettere che, allora gli eredi, possano agire per entrambi i pregiudizi.

Ed infatti, la giurisprudenza (quella italiana in particolare) avverte forse questa difficoltà ed opera una sostituzione tra i due danni. Nel caso di danno finale, non ammette (così sembra) la coesistenza dei due pregiudizi, il danno finale, da un lato, e la perdita della probabilità di evitarlo dall'altro. Ma sostituisce il danno finale con la perdita di chance.

Quando, ad esempio, la colpa del medico ha ridotto l'aspettativa di vita del paziente, la giurisprudenza italiana tende a stabilire che il danno non è la perdita concreta di giorni di vita, ma la probabilità di vivere più a lungo, ossia la perdita della chance; oppure se la colpa del medico è di aver fatto vivere i restanti giorni in condizioni di salute peggiori di come il paziente li avrebbe vissuti se il medico avesse tempestivamente agito, il danno non starebbe nella peggiore qualità della vita di quei giorni, ma nella perdita di probabilità di viverli meglio²⁵.

Si sostituisce il danno concreto ed effettivo (vivere di meno, oppure vivere peggio) con un diminutivo astratto, ossia la perdita della chance (probabilità di vivere di più o di vivere meglio). Vedremo che questa operazione non è del tutto innocua, poiché cambia l'evento dannoso da mettere in relazione con la condotta dell'agente, ed influisce sull'accertamento del nesso di causalità.

Altro è infatti verificare se la colpa del medico ha determinato una maggiore aspettativa di vita, altro è verificare se ha fatto perdere la probabilità di vivere più a lungo. Vedremo meglio come si tratta di un espediente per rimediare all'incertezza del nesso causale, spostandola da quest'ultimo al danno.

Ma soprattutto questa soluzione è incoerente, come si è visto, con l'idea che la chance sia una entità autonoma a sé stante, di natura sia patrimonial-

²⁵ Ad esempio, Cass. 21.4.2016, n. 8036; Cass. 20.8.2015, n. 16993; Cass. 27.3.2014, n. 7195; Cass. 8.7.2009, n. 16014; Cass. 18.9.2008, n. 23846.

le che non patrimoniale, e valutabile autonomamente rispetto al danno finale.

Se così fosse, dovrebbe mantenere tale sua autonomia ed aggiungersi al danno finale, non già sostituirlo. Se invece si ritiene che la perdita della probabilità è il vero pregiudizio, anche a danno finale verificatosi, allora si contraddice l'idea per la quale la probabilità, pur essendo un'entità autonoma finché resta tale, perde tale sua autonomia quando evolve nel danno finale. Ed allora è quest'ultimo il vero pregiudizio.

Questa sostituzione, che è costante nel caso di danni causati al paziente da colpa medica, è comunque, anche se a volte surrettiziamente, operata altresì in fattispecie diverse. Vedremo meglio in seguito come questa sostituzione opera in modo particolare nell'ambito della responsabilità medica, e meno efficacemente nelle altre ipotesi in cui pure la prassi ricorre alla figura della perdita di chance per individuare un danno risarcibile, dove la sostituzione più che con il danno materiale ed effettivo, è operata rispetto a figure già note di qualificazione di pregiudizi derivanti dall'illecito, il danno futuro, il lucro cessante e via dicendo.

Ad esempio, sono trattati come perdita di chance i casi in cui il lavoratore perde occasioni di stabilizzare il suo rapporto di lavoro²⁶, o di progredire in carriera²⁷, a causa di un comportamento illecito o di un inadempimento del datore di lavoro. Anche la perdita dell'occasione di guadagnare di più se il legislatore avesse attuato per tempo una direttiva comunitaria è considerata perdita di una chance²⁸.

Pure la probabilità perduta di vincere una causa, o di ottenere un risultato favorevole in giudizio è considerata perdita di una chance, risarcibile quando l'avvocato difensore ne abbia colpa²⁹. Alla stessa stregua è considerato il danno provocato da una concorrenza sleale quando abbia comportato perdita di occasioni favorevoli³⁰. Ed ancora: la perdita delle probabilità di vincere un concorso³¹, o una competizione sportiva.

²⁶ Cass., Sez. Un., 15.3.2016, n. 5072.

²⁷ Cass. 1.3.2016, n. 4014; Cass., Sez. Un., 29.3.2013, n. 21678.

²⁸ Cass. 12.2.2015, n. 2737 in tema di diritto dei medici specializzandi ad una remunerazione durante il periodo di specializzazione. Il legislatore italiano non avendo attuato per tempo la Direttiva comunitaria che ha previsto la remunerazione avrebbe secondo la giurisprudenza fatto perdere al medico specializzando la chance di un incremento patrimoniale.

²⁹ Cass. 10.12.2012, n. 22376.

³⁰ Cass. 18.5.2012, n. 7927.

³¹ Cass., Sez. Un., 3.3.2010, n. 5023.

Gli esempi potrebbero continuare. Ma una circostanza balza evidente.

Il diritto usa il termine *chance* in sostituzione di altri concetti. Lo sostituisce in alcuni casi al lucro cessante, in altri al danno futuro, in altri casi al danno materiale ed effettivo allo scopo di trasformare l'accertamento del nesso di causalità nella direzione di politica del diritto desiderata.

Nelle controversie sulla responsabilità medica questo espediente è particolarmente evidente. La colpa del medico causa un danno alla salute del paziente, ma la prassi non considera come evento dannoso la perdita effettiva di salute (o la morte stessa), bensì la perdita di *chance* di guarigione. Si sostituisce al danno effettivo (perdita di salute) quello astratto, ossia la perdita della probabilità di guarire. Con la conseguenza che nell'accertamento del nesso di causalità si chiede di provare non già che la colpa ha causato il danno alla salute, ma piuttosto che ha fatto perdere una *chance*. Come vedremo questo espediente non è innocuo, ed anzi consente di aggirare problemi legati al nesso causale ed alla stessa prova del danno. È un indirizzo, non necessariamente esplicito o consapevole, di politica del diritto, che le corti usano per arrivare più comodamente al risarcimento della perdita lamentata dal danneggiato.

4. La *chance* e l'ingiustizia del danno

Intesa in questo senso, la perdita di una *chance* è una creazione pretoria complessa, che pone un certo numero di questioni altrettanto complicate³².

³² Mi limito qui a segnalare alcuni degli studi italiani, non solo senza pretesa di completezza, ma anche con l'avviso che ovviamente altri riferimenti saranno fatti in seguito: Cfr.: F.D. BUSNELLI, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 47 s.; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 s.; A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315 s.; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1181 s.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di un'utilità futura*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 384 s.; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chances*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 447; N. MONTICELLI, *Responsabilità vile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2003, p. 873 s.; C. SEVERI, *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 339 s.; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, p. 58 s.; M.F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata: un itinerario incrementale*, Napoli, 2006; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chances, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 325 s. e ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in questa

La prima di tali questioni è di essere, per l'appunto, una creazione pretoria.

Nei sistemi in cui il danno è codificato, ossia quelli che esibiscono un elenco tassativo di pregiudizi riparabili, una perdita non è risarcibile se non inclusa nell'elenco. Il sistema tedesco della responsabilità civile parte da un catalogo esaustivo di beni giuridici protetti, per cui la questione della risarcibilità della chance, non inclusa nella tipizzazione, diventa questione di atipicità del danno relativo³³. Ed anche in tal caso viene in rilievo l'attività pretoria della giurisprudenza.

Ma anche in sistemi a danno non tipizzato, e così nell'ordinamento italiano, la chance pone problemi di "creatività" dell'interprete. Nell'idea di elevare la "probabilità" a situazione giuridica da proteggere taluno ha ritenuto di vedere una creazione dei giudici, ossia l'invenzione di una situazione giuridica soggettiva per via giurisprudenziale, contro la regola che impone ai giudici di non sostituirsi al legislatore³⁴. Il dubbio è giustificato dal fatto che la chance, nel diritto italiano, come si è visto, è ormai intesa come una situazione giuridica autonoma, tutelata di per sé a prescindere dalla situazione finale: la chance di vincere il concorso non è solo una probabilità che il bene venga conseguito, o l'aspettativa relativa, ma è essa stessa un bene, che va tutelato indipendentemente dal realizzarsi della situazione finale. Questo è quanto ritiene la giurisprudenza corrente³⁵.

Rivista, 2010, p. 33 s.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2010, p. 49 s.; E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 503 ss.; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 95 ss.; M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 945 ss.; A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 671 ss.

³³H. STOLL, *Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in *Der Schadenersatz und seine Deckung, Festschrift für Erich Steffen*, Berlin-New York, 1995, p. 475. Il danno prodotto da una perdita di chance (che non è situazione giuridica presa in considerazione) è dunque ritenuto un danno "giuridicamente atipico", di cui comunque occorre tener conto a livello di responsabilità civile. In tal senso, sempre H. STOLL, *Haftungsfolgen in Bürgerlichen Recht*, Heidelberg, 1993, p. 40.

³⁴C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 318.

³⁵Da ultimo Cass. 25.8.2014, n. 18207: "Al fine della liquidazione del danno patrimoniale da perdita di 'chance' la concreta ed effettiva occasione perduta di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridi-

Difronte a tale costruzione si solleva dunque il dubbio che si tratti di una situazione giuridica creata *ex novo*; ed allo stesso tempo che attraverso la chance si risarcisca una situazione che alla luce del sistema normativo in atto non è qualificabile come ingiusta³⁶. È una perdita che rileva, sì, economicamente, che è percepibile materialmente, ma non è una perdita ingiusta, ed è nel ritenerla tale che la giurisprudenza inventa. La questione della creatività del giudice, e dei conseguenti margini lasciati alla discrezionalità interpretativa, è nota e risalente³⁷. Qui non se ne può dare conto compiutamente, ma una chiosa in particolare va fatta alla tesi della indebita creazione di un diritto

camente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve tenere conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto”.

³⁶C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*

³⁷La tesi per la quale i giudici creano indebitamente situazioni giuridiche nuove parte dal solito presupposto di considerare quello della creatività come un problema di politica del diritto. Il problema, invece, più che di politica del diritto (se il giudice abbia nelle sue competenze di creare diritto) è di tipo epistemologico (se lo statuto dell'interpretazione consente la creatività).

Si tratta di un tema antico, difficilmente riassumibile in queste poche righe. Diremmo piuttosto che è un falso problema. Da un punto di vista epistemologico, come è noto, dire che l'interprete crea significa avere aderito ad un certa concezione dell'interpretazione, quella per cui il significato della norma preesiste all'interpretazione; compito dell'interprete è scoprirlo e dichiararlo. L'interpretazione è creativa se, anziché dichiarare il significato preesistente della norma, contiene una valutazione dell'interprete, che modifica quel significato e ne crea uno nuovo al posto di quello voluto dal legislatore.

È ovvio che se non si crede a questa impostazione, e se invece si ritiene che la norma è l'esito dell'interpretazione piuttosto che costituire un significato preesistente, nessuna interpretazione sarà mai creativa.

Di sbrigativo si può dire che ogni atto interpretativo implica una valutazione dell'interprete e che non c'è un significato preesistente all'interpretazione che il giudice debba scoprire e limitarsi a dichiarare. Se la norma nasce con l'atto interpretativo, è ovvio che quest'ultimo mai sarà creativo, o meglio, non lo sarà nel senso in cui tradizionalmente si dice che lo è, quale atto di innovazione del giudice rispetto alla norma preesistente. Ad esempio di questa conclusione stanno le sentenze interpretative della Corte costituzionale, le quali consistono nel dispositivo per cui se una norma è intesa in un modo è incostituzionale, mentre intesa in un altro non lo è. Il che significa che la norma è, per l'appunto, l'esito dell'interpretazione del testo normativo.

Dunque, da una premessa sbrigativa possiamo trarre una ancor più sbrigativa conclusione. Non esistono sentenze creative, perché ogni atto interpretativo reca con sé una certa creazione. O meglio, quello della creatività del giudice è problema diverso da come tradizionalmente è affrontato. Non è un problema di infedeltà del giudice alla legge, o meglio di creazione di un significato diverso da quello, oggettivo, e precedente la stessa interpretazione.

È piuttosto un problema epistemologico legato alla struttura stessa dell'interpretazione ed applicazione della legge.

to soggettivo (quello al risarcimento da perdita di chance) che il legislatore non avrebbe previsto e che i giudici, sostituendosi a quest'ultimo, avrebbero inventato.

L'aspetto di cosiddetta creatività, invero, ruota intorno alla qualificazione di ingiustizia di una determinata perdita. Si potrebbe dire che la chance è una diminuzione del patrimonio del soggetto danneggiato, che poteva conseguire un risultato e che non ha avuto la possibilità di farlo. Un danno materiale, elevato dalla prassi a danno giuridicamente rilevante. Il ruolo della giurisprudenza è nell'idea di ritenere ingiusta, ai fini dell'art. 2043 c.c., una tale perdita, creando una situazione autonomamente valutabile a fini risarcitori.

A fronte di questa obiezione si osserva che la probabilità è, di per sé, un interesse che l'ordinamento considera come rilevante, così che non vi sarebbe alcuna arbitraria o creativa valutazione nel ritenerlo come tale anche aquilianamente.

La probabilità, si osserva, è un bene giuridicamente rilevante anche al di fuori degli ambiti di tutela aquiliana.

I contratti di assicurazione si fanno su chance negative. La prassi dell'assicurazione riposa sull'idea che la chance ha un valore in sé. Con la conseguenza che la sua perdita può rilevare come danno. Sia inteso che, ben diverso è invece il discorso relativo alla risarcibilità, ed agli ostacoli che la natura aleatoria può effettivamente porre³⁸.

E vi sono casi in cui la chance ha un valore di mercato, tanto che è comunemente ammessa la vendita dei biglietti della lotteria, che altro non sono se non titoli rappresentativi di una chance³⁹.

Si pensi poi all'*emptio rei sperate* (art. 1472 c.c.) che è la vendita di una probabilità.

La probabilità in quanto tale non sarebbe una situazione di fatto, dunque,

³⁸L'incertezza del pregiudizio ha, per esempio, indotto una Corte americana (*Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W. 2d 44, 66 (Mich. 1990), con opinione dissenziente del giudice Rley) a dire che la perdita di una chance contrasta con la funzione di ricerca della verità propria del diritto. G. MEMETEAU, *Perte de chances et responsabilité médicale*, in *Gaz. Pal.*, 1997, 1372, ritiene che niente permette di affermare che se l'avvenimento che ha provato la vittima della chance non si fosse verificato, il profitto sperato si sarebbe effettivamente realizzato.

³⁹In tal senso W. MÜLLER-STOY, *Schadenersatz für verlorene Chancen*, Freiburg, 1973, p. 161; H. FLEISCHER, *Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Jur. Zeitung*, 1999, p. 769. Nel diritto americano per sostenere la risarcibilità della chance si è fatto ricorso, anche, al valore di mercato che essa ha nella vendita dei biglietti della lotteria. In tal senso v. D.B. DOBBS, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, I, 2^a ed., Saint Paul, 1993, p. 322.

che l'ordinamento trascura, ma un bene rilevante, che può essere oggetto di negoziazione.

In sostanza, il giudizio di ingiustizia della lesione della chance ha una sua ragione nella rilevanza giuridica della probabilità. Il fatto di avere nel proprio patrimonio la probabilità di un risultato favorevole, nonché il fatto stesso di poter acquistare o cedere quella probabilità, rende la chance una situazione giuridicamente rilevante, la cui lesione legittima problemi di tutela aquiliana.

Questa obiezione ha un suo peso, ed è vero infatti che la probabilità è un valore, come si è più volte ricordato, riconosciuto in sé, a prescindere dal risultato in cui è destinata a realizzarsi.

Si aggiunga che, ai fini della tutela aquiliana, non è necessario che un interesse sia preso in considerazione dall'ordinamento nella forma della tutela extracontrattuale: la sua lesione è ingiusta, ai sensi dell'art. 2043 c.c., solo che si tratti di un interesse rilevante, anche in ambiti diversi e sotto diverse forme, non essendo necessario che sia prevista una esplicita tutela aquiliana.

E la probabilità, come si è visto, è un interesse rilevante, ossia che il sistema fa oggetto di diritti (si può vendere una probabilità come *nell'emptio rei speratae*, comprarla come nel caso del biglietto della lotteria o del titolo di borsa). E questo basta a farla considerare un interesse (*rectius*, oggetto di un interesse) rilevante anche aquilianamente.

Ciò che, come si è detto desta perplessità, è l'uso che la giurisprudenza fa di questa probabilità, specie quando si è evoluta in un danno finale.

Per meglio approfondire questa tendenza serve chiarire la differenza tra la chance ed altre figure di concettualizzazione del danno.

5. La chance e l'aspettativa

I problemi che la chance sarebbe destinata a risolvere sono anche fatti oggetto di figure come il danno emergente, il lucro cessante, il danno futuro, il danno effettivo.

Così che, se correttamente intesa, la chance non avrebbe un ruolo significativo: un concetto del resto ha senso se risponde a funzioni proprie, che non siano già assolte da concetti diversi.

La prassi dà l'impressione di usare allora la chance in sostituzione di altre figure, quando queste appaiono meno certe, allo scopo di rendere risarcibile, attraverso un'idea di probabilità, ciò che se fosse richiesta la "certezza" o un grado di conoscenza migliore, risarcibile non sarebbe.

Ed è a quei concetti che la prassi sostituisce la chance al solo scopo, come si vedrà, non già di aumentare il novero degli interessi rilevanti (aggiungendo, come parrebbe, la probabilità a quel novero) bensì per consentire il risarcimento quando gli altri concetti lo impedirebbero.

Come si è visto, l'opinione corrente sembra accreditare la chance come la probabilità di un risultato favorevole. Proprio il fatto che ci si *aspetti* un risultato favorevole (che la condotta illecita impedisce di conseguire) suggerisce, di conseguenza, di assimilare la chance ad un'aspettativa, ed anzi propriamente, ad un'aspettativa di fatto, non tutelata dall'ordinamento.

Una analogia che, se si tiene in conto quanto detto, è evidentemente fallace. L'aspettativa, intanto, nasce allo scopo di affrontare problemi legati alla formazione progressiva di una fattispecie, e serve, al più, a descrivere l'interesse di una parte al completamento dell'effetto giuridico (se acquisto un bene sotto condizione, ho interesse a che si verifichi l'evento), ma pur sempre all'interno di una vicenda in cui l'effetto giuridico è programmato dalla volontà delle parti o dalla legge. Insomma, lo scopo per cui è pensata una nozione come quella di "aspettativa" è di far fronte sia ai problemi posti dalla formazione progressiva di una fattispecie, sia alla necessità di tenere conto che il completamento dell'effetto è pur sempre dovuto ad una programmazione già fatta dalle parti.

Proprio per questo l'aspettativa è una figura di dubbia utilità già nel suo stesso ambito.

Per comprenderlo bastino alcune osservazioni.

Intanto va chiarito che l'aspettativa, per costituire una valida concettualizzazione, deve essere aspettativa di un evento produttivo di effetti giuridici, ossia un evento giuridicamente rilevante: così, se mi aspetto i regali a Natale, la mia situazione non è alcunché per il diritto, non è neanche una aspettativa di fatto, poiché l'evento atteso (il regalo natalizio) non è giuridicamente rilevante.

Anche, non producendo effetti giuridici l'aspettativa di fatto, come quella di diritto⁴⁰, presuppone che la situazione attesa sia giuridicamente relevan-

⁴⁰ In tema, tra gli altri, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, Milano, 2006; R. NICOLÒ, *Aspettative (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, 1988; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.; C. PELOSI, *Aspettativa*, in *Digesto IV, disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974; U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1995.

te⁴¹. La differenza è solo nel fatto che è l'aspettativa a non esserlo. Se, come nell'esempio fatto, attendo un regalo per Natale, l'aspettativa non è né di fatto né di diritto, è, come nell'esempio già fatto, una vicenda giuridicamente irrilevante. L'aspettativa di fatto è l'attesa, non tutelata, di un effetto giuridico, mentre quella di diritto è la stessa cosa, ma fornita di tutela.

Si tende allora ad assimilare la chance alla prima delle due, osservando che anche la chance è l'aspettativa, non tutelata, di un risultato utile. Oltre a quanto si è già detto prima, ogni paragone potrebbe evitarsi solo considerando che, forse, l'aspettativa è soltanto una figura descrittiva, in alcun modo corrispondente ad una situazione giuridica soggettiva, così che non può assolvere alla funzione che la prassi riconnette alla chance e che presuppone la sua autonomia concettuale dalle altre situazioni giuridiche.

Invero, nelle ipotesi che vengono ricondotte ad aspettative di fatto, ossia la situazione del sostituto nella sostituzione ordinaria (art. 688 c.c. ss.) o dell'erede in attesa di accrescimento (art. 674 ss.) o anche dei congiunti in caso di scomparsa del parente (art. 50), non v'è alcuna aspettativa che possa riguardare il diritto, al contrario di quanto si pensa, posto che da un lato è irrilevante la situazione psicologica del soggetto, che si aspetta qualcosa, mentre dall'altro, la legge non tutela il suo interesse a che l'evento (che ci si aspetta) si produca.

Ad esempio, è irrilevante l'interesse che il sostituto ha, nella sostituzione ordinaria, a che l'istituto non accetti: la legge non lo tutela.

Ma a ben vedere si parla impropriamente anche dell'aspettativa di diritto, che, in realtà, è soltanto una situazione limitata alla designazione, dal lato attivo, degli effetti preliminari di una fattispecie⁴². Nei casi di pendenza di un diritto (per esempio perché sotto condizione sospensiva), e dunque di attesa che la fattispecie si perfezioni, i poteri che la legge attribuisce alla parte o ad entrambe, non sono, se non indirettamente, concessi a tutela di una aspettativa. Piuttosto il diritto mira a conservare un effetto già prodotto ed in attesa di perfezionamento. L'obbligo dell'alienante di non impedire il verificarsi della condizione sospensiva non tutela l'aspettativa dell'acquirente, quanto l'acquisto che in capo a quest'ultimo si è comunque prodotto (fatta salva la sospensione di efficacia), così che non è l'aspettativa ad essere oggetto di protezione, ma lo stesso effetto preliminare di un negozio che di fatto si è concluso. Solo indirettamente l'aspettativa del contraente viene garantita.

⁴¹ R. NICOLÒ, *Aspettative*, cit., p. 1 ss.

⁴² R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 231.

Si capisce allora che l'aspettativa risolve (o affronta) problemi diversi da quelli che sono propri della chance. Indica i casi in cui l'ordinamento adotta misure conservative di un effetto da venire, ma già programmato dalle parti o dalla legge stessa. Situazione del tutto diversa da quella cui è riferita normalmente la tutela di una probabilità.

In più, l'idea attuale di chance, ne fa una situazione indipendente dal risultato cui tende, ossia ne fa un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma⁴³.

Insomma, la chance, quale probabilità di un risultato futuro, è di per sé una situazione di vantaggio, suscettibile di valutazione in termini di ingiustizia del danno, in caso di lesione.

Ad esempio, il candidato illegittimamente escluso dal concorso, nel momento in cui viene escluso, ha nel suo patrimonio una probabilità, un *quid* giuridico direbbe taluno⁴⁴, che rileva di per sé, indipendentemente dal risultato finale (la vincita del concorso) cui quella probabilità tende.

Il giudizio di ingiustizia dunque riguarda solo quel *quid*, quella possibilità, non si estende al bene finale⁴⁵. Nell'esempio fatto, rileva come danno ingiusto la mera perdita della probabilità che il candidato aveva di guadagnare il risultato, a nulla rilevando la natura di tale risultato e il rapporto che quella probabilità ha con esso.

Questo assetto rende la chance una situazione diversa dall'aspettativa, poiché quest'ultima, è per sua natura, legata al risultato che ci si aspetta.

L'aspettativa è una situazione preliminare rispetto all'effetto giuridico finale, mentre la chance da quell'effetto sembra prescindere.

V'è invero chi distingue utilizzando un diverso criterio. Si dice che l'aspettativa è una situazione soggettiva, ossia uno stato d'animo di chi si attende un risultato, mentre la chance indicherebbe piuttosto la misura della possibilità che il risultato si verifichi⁴⁶.

La tesi tuttavia non convince. Da un lato, l'aspettativa non è uno stato d'animo, meglio, non è considerata dal diritto quale stato d'animo, quanto piuttosto una oggettiva situazione di interesse a che si verifichi un evento. L'aspettativa è un effetto che deriva da norme che garantiscono ad una parte

⁴³ Cass. 25.8.2014, n. 18207; Cass. 20.6.2008, n. 16877; Cass. 28.1.2005, n. 1752, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2005, p. 827.

⁴⁴ M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 945 ss., in part. p. 952 ss.

⁴⁵ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 953.

⁴⁶ Ad esempio R. PUCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, p. 118.

la conservazione del risultato atteso, ed è indifferente lo stato psicologico di chi si aspetta quel risultato⁴⁷.

Inoltre, questa tesi fa della chance nient'altro che l'aspetto prognostico dell'aspettativa, proprio nel momento in cui si intende distinguere le due figure.

In realtà, altro è aspettativa altro è probabilità. La prima delle due è una situazione che si situa all'interno di un procedimento ancora incompleto, ma che è destinato certamente a completarsi. Ad esempio, chi è istituito erede da un testamento, quando non è ancora defunto il testatore, è in una situazione di aspettativa perché attende un effetto giuridico a suo favore, anche se l'aspettativa è tale solo di fatto perché la legge non conferisce poteri conservativi al chiamato che si trovi ancora in quella situazione né, in caso di delusione dell'aspettativa (ad esempio, revoca del testamento, o altro), appresta rimedi di sorta.

Inoltre l'aspettativa rileva indipendentemente dalle probabilità che ha di realizzarsi (l'acquirente sotto condizione è tutelato, quale che sia la probabilità che la condizione si verifichi), a differenza della chance, che invece altro non è che una probabilità.

Si comprende facilmente come l'aspettativa (sia pure di fatto) sia diversa dalla chance, che non è una situazione preliminare ad un effetto giuridico successivo. La chance è la *probabilità* che quell'effetto giuridico si produca in modo favorevole all'interessato. Inoltre, l'aspettativa è una situazione stimabile *ex ante*; essa esiste di certo quando l'effetto giuridico cui tende è ancora da venire⁴⁸; il chiamato per testamento ha un'aspettativa (di fatto) di diventare erede, anche mentre il *de cuius* è ancora in vita.

Invece la chance è solo l'esito di una valutazione che si fa *ex post* del fatto che, se non fosse intervenuta la condotta del terzo, l'interessato avrebbe avuto probabilità di acquisire un risultato utile. Non conta come aspettativa delusa, ma come probabilità perduta di evitare un danno o di acquisire un vantaggio.

6. La chance come diminutivo del danno futuro, lucro cessante, danno emergente

Diversa è la conclusione rispetto a figure che in vario modo riassumono una perdita futura.

⁴⁷ Così, R. NICOLÒ, *Aspettative*, cit., p. 1.

⁴⁸ Altro discorso è che si tratti di una situazione giuridica autonoma, su cui vedi le perplessità di R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 227 ss.

Occorrono delle distinzioni.

In primo luogo, l'idea stessa di chance collide con la certezza del danno. Se il danno è assai verosimile, è inutile la nozione di probabilità. Non conta la dimensione temporale. Un danno può essere probabile nel passato come nel futuro. Tuttavia, se si discute della probabilità di un danno verificatosi in passato, la nozione di chance, come si intuisce, è ancora una volta inutile. Lo è in un certo senso anche rispetto al danno futuro, rispetto al quale vale pure l'osservazione che può essere certo (nei termini, si ripete in cui ogni ordinamento intende la certezza) e dunque incompatibile con la probabilità.

a) *Danno futuro*

Spesso la giurisprudenza usa formule poco perspicue, come quando afferma che la chance è un danno futuro consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo⁴⁹.

Per il danno futuro, in realtà, possono ipotizzarsi due diverse modalità. Il danno virtuale e quello eventuale. Il primo dei due è un danno certo al momento del fatto illecito, ma destinato ad avere ripercussioni nel futuro. Esempio di tale ipotesi è l'invalidità permanente, la quale esiste già al momento della lesione, ma è destinata a prolungarsi in seguito. Caratteristica del pregiudizio futuro virtuale è di essere suscettibile di stima e valutazione immediate.

Il danno futuro eventuale è invece un danno che al momento del fatto illecito non si sa se si verificherà in futuro. È un danno ipotetico. Ad esempio, la costruzione di un parco di divertimenti adiacente ad una abitazione potrebbe in futuro far perdere valore all'immobile; allo stesso modo è futuro ed eventuale il pregiudizio lamentato da un ispettore di polizia per il fatto che una denuncia temeraria potrebbe in futuro fargli perdere un ipotetico avanzamento di carriera⁵⁰. O ancora la probabile perdita di occasioni di lavoro del soggetto avviato al collocamento quando sia stata illegittimamente revocata la procedura⁵¹.

Nel caso di danno virtuale l'incertezza è nel tempo entro cui il danno si manifesterà, o per quanto esso durerà, mentre nel danno eventuale l'incertezza riguarda proprio la sopravvenienza stessa del pregiudizio.

Ciò detto, si intende che il danno futuro ha caratteristiche che, in astratto,

⁴⁹ Cass. 12.2.2015, n. 2737, ma anche Cass. 17.4.2008, n. 10111.

⁵⁰ Cass. crim. 7.6.1989, *Burgard*, in *Dalloz*, 1989, ir. p. 244.

⁵¹ Caso che Cass. 9.12.2015, n. 24833, tratta come di perdita di una chance.

dovrebbero escludere analogie con la chance, almeno relativamente al danno futuro virtuale⁵².

Per danno futuro virtuale, come si è visto, si intende un pregiudizio che, al momento della decisione giudiziale, o della domanda⁵³ non si è ancora prodotto, ma è ragionevole prevedere che si produrrà comunque in seguito⁵⁴.

Il danno futuro è dunque una espressione che allude solo ad una *modalità temporale* del pregiudizio. Si è dunque davanti ad una nozione che fa riferimento ad un problema diverso da quello riferibile alla chance⁵⁵. L'idea del danno futuro serve a risolvere problemi di dissociazione temporale tra il fatto lesivo e le sue conseguenze dannose (o parte di esse). Come tale è riferibile ad ogni genere di danno, poiché ne indica soltanto l'aspetto temporale. Ovvio, già solo per questo motivo, che la perdita di chance non risponde agli stessi problemi cui è riferibile il danno futuro, poiché altrimenti sarebbe come dire che la perdita di una chance si produce *sempre* dopo la decisione, ossia ha la caratteristica di verificarsi solo dopo che la lesione sia accertata in giudizio, ma comunque con certezza incompatibile con il carattere probabilistico che le è proprio. La chance, diversamente dal danno futuro, non serve ad affrontare un problema di dissociazione temporale tra la lesione ed il pregiudizio che ne deriva. Serve a concettualizzare un danno alla lesione della probabilità in sé. Del resto il danno futuro virtuale è un danno certo, a limite virtuale, un danno che è potenziale nella lesione attuale e che si sa che si produrrà in seguito⁵⁶.

⁵² Invece Cass. 12.6.2015, n. 12211, che tratta la perdita di capacità lavorativa generica come perdita di chance.

⁵³ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 160.

⁵⁴ Ad esempio C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 812, ma già G. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, p. 317 e A. DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1966, p. 302.

⁵⁵ V. D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 11 secondo il quale la giurisprudenza ha smesso di considerare la chance quale danno futuro quando ha iniziato ad intenderla come situazione autonoma rispetto a quella finale. Tuttavia, va evidenziato che, da un lato, pensare alla chance quale mera probabilità, ossia quale situazione non autonoma rispetto al bene finale, non equivale affatto a ritenerla un danno futuro, e per altro verso che pensare alla chance come situazione autonomamente risarcibile, ossia a prescindere dalla situazione finale, non significa pensarla come danno attuale.

⁵⁶ Distinzione nota alla dottrina francese P. LE TOURNEAU-L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2000, n. 1414.