

## 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 vedova<sup>1</sup>. 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,

---

<sup>1</sup> 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<sup>a</sup> 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 perdere<sup>2</sup>. 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

---

<sup>2</sup> 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"<sup>3</sup>.

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

---

<sup>3</sup> 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 particolare<sup>4</sup>, ritiene che la chance sia “un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”<sup>5</sup>. 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 possibilità<sup>6</sup>. 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 danno<sup>7</sup>. 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-

---

<sup>4</sup>Ma 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.

<sup>5</sup>Cass. 15.2.2018, n. 3691; Cass. 14.3.2017, n. 6488.

<sup>6</sup>Cass. 14.11.2017, n. 26822.

<sup>7</sup>Cass. 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 perdita<sup>8</sup>.

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 realizzata<sup>9</sup>. 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 sopravvivenza<sup>10</sup>.

Nel caso della responsabilità medica, difficilmente la chance perduta è, da un punto di vista logico, distinguibile dal pregiudizio finale<sup>11</sup>.

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

<sup>9</sup> A. BENABENT, *La chance et le droit*, Paris, 1973, p. 180.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 risultato<sup>12</sup>. 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 risultato<sup>13</sup>, 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 causale<sup>14</sup>, 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 causalità<sup>15</sup>.

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.

<sup>12</sup> Già F. CHABAS, *Vers un changement de nature de l’obligation médicale*, in *Dalloz*, 1973, doc. 2541.

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

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

<sup>15</sup> 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 sanitario<sup>16</sup>. 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 causalità<sup>17</sup>.

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

---

<sup>16</sup> *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.

<sup>17</sup> 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 chance<sup>18</sup>, 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 morte<sup>19</sup>. 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 caso<sup>20</sup>.

### 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,

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 autonomo<sup>21</sup>, 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 sopravvivenza<sup>22</sup>.

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 chance<sup>23</sup>. Ad esempio, se v'era una probabilità

---

<sup>21</sup> La giurisprudenza italiana parla di entità suscettibile di autonoma valutazione economica.

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 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 economica<sup>24</sup>.

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')".

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