

Claudio Bonanno

**“La perdita di *chance* nel Diritto Privato.”
Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e
giurisprudenziali.**

© Claudio Bonanno 2009
Facoltà di Economia - Università di Palermo
claudiobonanno@libero.it

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)
Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506
giureta@unipa.it
www.giureta.unipa.it

“LA PERDITA DI *CHANCE* NEL DIRITTO PRIVATO”.

BREVI RIFLESSIONI: ALCUNI SPUNTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI

*Claudio Bonanno**

SOMMARIO: 1. La posizione del danno da perdita di chance nel sistema del diritto privato – 2. Nozione. – 3. Responsabilità civile e perdita di chance. – 4. La perdita di chance: danno emergente o lucro cessante? – 5. Causalità materiale e irrisarcibilità della chance. – 6. Criteri di risarcibilità della chance perduta e quantificazione del danno. – 7. Ambiti di applicazione. – 8. Considerazioni finali.

1. Il panorama giuridico, a volte complesso e articolato, è caratterizzato da un insieme di norme e di istituti giuridici la cui evoluzione si snoda attraverso scontri e confronti giurisprudenziali e dottrinali, rappresentativi della contemporaneità, cioè di quelle motivazioni, espressione di nuove realtà sociali, politiche od ideologiche, che sono pervenute, nel corso degli anni, a soluzioni diverse o, addirittura, contrastanti.

Questo scenario fa da sfondo anche alla vicenda del danno da perdita di *chance* il quale ha avuto nel tempo qualificazioni diverse: “degradato”, come si affermava in una prima formulazione, al “rango” di aspettativa futura di mero fatto e, quindi, come tale non tutelabile dall’ordinamento se non, eventualmente, di riflesso e non certo quale lesione di un diritto soggettivo assoluto come pure da taluni sostenuto¹; considerato, in un secondo tempo, alla stregua di attesa legittima e infine, reputato sulla base dell’odierno

* Dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Facoltà di Economia, Università degli Studi di Palermo.

¹ M. BUSNELLI, *Diritto e Obbligazioni*, Torino, 1989, 729 s., il quale afferma: « non è possibile risarcire la perdita di chance perché si tratta di un danno futuro e incerto privo del collegamento richiesto dall’art. 1223 del codice civile tra condotta ed evento dannoso; pertanto è assai arduo dimostrare l’esistenza del danno proprio perché si tratta di una mera aspettativa di fatto futura e quindi non è certo il verificarsi dell’evento inteso come può essere il raggiungimento di un risultato utile ».

orientamento giurisprudenziale, come forma di danno autonomo perché perdita attuale della possibilità di conseguire oggi un risultato utile².

Queste sono soltanto alcune delle sfaccettature del danno da perdita di *chance* che, a distanza oramai di quarant'anni dai primi studi dottrinari e delle iniziali decisioni giurisprudenziali³, non può più certamente essere definito un *nuovo* tipo di danno. La perdita di *chance* va considerato un danno ingiusto e antigiusuridico, e quindi giustifica il sorgere della responsabilità civile *ex art.* 2043 c. c..

A questa conclusione si è pervenuti all'esito del lungo dibattito sull'ingiustizia del danno⁴ dove si colloca la sentenza del 22 luglio 1999 n. 500, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

In relazione all'ingiustizia del danno la Suprema Corte di Cassazione ha evidenziato che per danno ingiusto si deve intendere qualsiasi danno che l'ordinamento giuridico non ammette che resti a carico della vittima e che pertanto deve essere fatto ricadere su colui che ha originato il comportamento illecito, lesivo di diritti soggettivi o di interessi legittimi. La stessa Corte, nei motivi della decisione, afferma come oggi non sia più possibile risarcire, ai sensi dell'art. 2043 c. c., soltanto la lesione del diritto soggettivo; infatti, sulla scorta di un ormai persistente ampliamento dell'area del danno *ex art.* 2043, in particolare, la Corte ravvisa come *l'evoluzione abbia riconosciuto il*

² N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, I, 2004, 295 ss., parla di una prospettiva non statica, ma dinamica per cui "il patrimonio personale della vittima, prima e dopo la lesione della *chance*, non è identico: cioè, la perdita di *chance* ha provocato una *deminutio* che prima non sussisteva e che influenza negativamente la realizzazione di auspicati vantaggi patrimoniali futuri".

³ Pret. Roma 27-03-1977, in *Nuova giur. comm.*, 1991, p. 142 ss.

⁴ M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti - Commentario al codice civile*, SCIALOJA e BRANCA, a cura di GALGANO, libro IV, *Delle obbligazioni* (2043/2059), Bologna - Roma, 1993, 821. L'Autore ritiene che considerare la *chance* irrisarcibile perché non presenta un valore di mercato sia da considerarsi ormai superato stante gli sviluppi del dibattito proprio sull'ingiustizia del danno.

risarcimento delle legittime aspettative di natura patrimoniale purché si tratti di legittime aspettative e non di aspettative semplici in tal senso.

In tale contesto il danno si presenta fortemente influenzato dalla prassi e, soprattutto, dai contesti funzionali in cui esso si colloca sicché non risulta corretto il tentativo di delinearne una nozione unica e imm modificabile. E in tale contesto, il profilo più travagliato e controverso è costituito proprio dal requisito dell'ingiustizia del danno⁵.

Il riferimento alla *chance* è immediato proprio perché si tratta, o meglio, si trattava (secondo la primissima formulazione) di una aspettativa legittima di natura patrimoniale. Ciò è quanto dichiarato in materia dalla Corte di Cassazione sezione lavoro nella sentenza emessa il 19 novembre 1983 n. 6906, in cui si affermava che la *chance*, intesa come possibilità di conseguire un risultato, era risarcibile proprio perché, pur non rientrando nel lucro cessante, rientrava nelle perdite subite dal danneggiato a seguito della condotta anti giuridica⁶ del datore di lavoro.

La suddetta pronuncia costituisce soprattutto *il trampolino che ha lanciato il danno da chance perduta nel mondo della continua e dell'infinita evoluzione giuridica*", che coinvolge, modificandoli, istituti e nozioni (e, solo per citarne alcuni: *responsabilità, danno, colpa, ingiustizia, persona umana...*). Infatti, in precedenza era possibile risarcire la *chance* solo come un *ultrum*, ovvero di riflesso, come lesione di un diritto soggettivo e risarcibile come una conseguenza mediata indiretta dell'evento dannoso, considerata l'impossibilità di considerarla un danno certo e, soprattutto, danno autonomo rientrante nel

⁵ S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 2, 349 ss.

⁶ G. VICENTINI, in *Dei Fatti illeciti*, III, *Causalità e Danno*, Padova 1999, 300. "Poiché il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 cod civ si riferisce a qualsiasi utilità economicamente valutabile, è risarcibile il danno da perdita di *chance*, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito dell'impresa, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito".

dettato dell'art. 1223 codice civile⁷. Queste considerazioni sono state rese possibili proprio come conseguenza dei criteri evolutivi del concetto di danno ingiusto richiamato dalla Suprema Corte, *ex art.* 2043⁸. A tal proposito assumono decisiva rilevanza le motivazioni della Suprema Corte, secondo la quale è conveniente << prendere atto di come il citato articolo non costituisce una norma secondaria (sanzione) rispetto a norme primarie (divieto), poiché esso racchiude in se una clausola generale primaria espressa dalla formula *danno ingiusto*, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza >>.

In base a ciò è possibile riflettere fin da subito e considerare come il principio generale espresso dalla Suprema Corte si riferisca all'ingiustizia del danno e non all'imputabilità del fatto secondo il principio della colpa.

Ed è stata proprio l'impostazione della responsabilità civile secondo lo schema "illecito = colpa + causalità" che ha rappresentato, per il passato, il principale ostacolo al successo della *chance* quale ipotesi di danno autonomo. Secondo questa impostazione, la *chance* non poteva essere considerata un danno certo, poiché era carente del legame reale tra condotta ed evento voluto dalla

⁷ Cass., sez. lavoro, 19-07-1982 n. 4236, con nota di commento di P. MONATERI, in *Resp. Civ. Prev.*, 1983, 456. L'Autore rileva la difficoltà della Suprema Corte sul problema della causalità giuridica con particolare riferimento alla perdita di *chance* perché egli evince come la corte stessa, nel respingere le richieste presentate dagli agenti di commercio di un consorzio agrario, fa riferimento alle diverse impostazioni dell'art. 1223 cod.civ. rilevando come l'esame critico operato dalla Corte di Cassazione sul nesso causale mostri come attraverso la soluzione di questo problema si determina la decisione di far sopportare o meno un certo danno ad un soggetto.

⁸ F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale, Obbligazioni e contratti*, II, 2, *I fatti illeciti*, Padova 1999, 331. L'autore evidenzia due casi in cui la giurisprudenza di merito ha abbandonato la posizione rigida della risarcibilità dei soli diritti soggettivi assoluti ed invece progressivamente è venuta incontro alle critiche mosse dalla dottrina, risarcendo ipotesi in cui è più corretto parlare di lesione d'aspettative di prestazione, come nel caso Meroni, sentenza della Suprema Corte emessa il 26 gennaio 1976 n. 174, pubblicata in *Foro It.* 1971, I, 1, 1284, che la dottrina definì storica perché segnava un passaggio epocale: infatti, si passava dall'irrisarcibilità dei diritti relativi quali i diritti di credito alla loro piena risarcibilità.

prescrizione dell'art. 1223⁹ c. c.- Pertanto non era possibile, sulla base dello schema predetto, attribuire la responsabilità del fatto lesivo all'autore di esso: in altri termini, secondo questo schema (è la cosiddetta "teoria della concezione tradizionale dei fatti illeciti"), è la colpa ad assumere il ruolo principale quasi che essa fosse il solo elemento di collegamento tra fatto e danno.

Invece, la dottrina più recente, proprio in seguito all'evoluzione giuridica dei concetti, di cui prima si è detto, ha chiarito come la colpa costituisce oggi non l'unico criterio di collegamento, inteso dal punto di vista dell'imputabilità del fatto in capo al soggetto agente, quanto uno dei vari criteri d'imputabilità del fatto¹⁰.

In conformità a quanto detto è possibile dedurre come, una volta ammessa la teoria della molteplicità delle fattispecie d'imputazione della responsabilità civile, viene meno ogni ostacolo nei confronti della costruzione giuridica della *chance* come perdita della possibilità non trascurabile di conseguire un risultato utile e della sua valutazione come ipotesi di danno autonomo.

⁹ F. BUSNELLI, A. NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, III volume, Torino 1989, 659. Gli autori, ricollegando la *chance* al lucro cessante, ne escludono la risarcibilità per mancanza dei requisiti d'attualità e certezza del danno.

¹⁰ C. SALVI, *Enciclopedia del diritto*, 1219 e ss., rileva come non è possibile ricondurre a criterio generale d'imputazione di responsabilità il principio della colpa, perché, in questo modo, si accoglie la tesi di una responsabilità civile la cui funzione è caratterizzata in senso preventivo - sanzionatorio. Una simile concezione non può essere accolta per effetto delle trasformazioni funzionali del giudizio sulla responsabilità dello stesso criterio della colpevolezza. Questa si presenta tutt'altro che omogenea al suo interno; proprio perché, la colpevolezza, oscilla tra le ipotesi di dolo e colpa grave alle quali oggi sembra doversi riservare l'area dell'atteggiamento psicologico dell'agente e del conseguente giudizio di riprovevolezza che ne deriva. Inoltre, in altre ipotesi nelle quali i criteri di valutazione giurisprudenziale del danno sono d'ordine rigorosamente oggettivo, la valutazione del comportamento del convenuto è quasi del tutto escluso. Pertanto, alla luce di ciò, la ricostruzione più adeguata del sistema è quella prospettata dalle dottrine, le quali rilevano come il giudizio di responsabilità si articola intorno a due momenti del danno e come al carattere unitario del criterio di qualificazione del danno (ingiustizia), si accompagni la molteplicità dei criteri d'imputazione e fra questi non è qualitativamente non diverso dagli altri la colpevolezza della condotta dannosa.

2. La parola *chance* deriva dal latino *cadentia*. Il termine stava ad individuare il cadere dei dadi e quindi suggeriva « buona probabilità di riuscita ».

L'espressione *chance* indica opportunità, occasione, possibilità; perciò, ne deriva che la perdita di *chance* concretizza un danno, che consiste nella perdita di quelle opportunità, di quelle occasioni o di quelle possibilità, (si noti bene, considerate già presenti nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell' evento lesivo) di conseguire un risultato utile.

Più in particolare, la *chance* ricorre nell'uso giuridico con il significato di probabilità di ottenere un guadagno ovvero di evitare una perdita. Sotto questo profilo il venir meno della *chance* assume subito un valore economico, quanto meno negativo; appare cioè il suo contenuto patrimoniale¹¹.

Si tratta di un danno che può manifestarsi in un duplice senso: o, come la privazione della possibilità di un'occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe giovato con ragionevole certezza; o nella lesione di un bene, giuridicamente rilevante, presente nel patrimonio del soggetto e strumentalmente orientato a far sorgere un'occasione vantaggiosa in capo al soggetto stesso.

E' fuor di dubbio che la *chance* affinché sia considerata giuridicamente rilevante non deve consistere in una mera possibilità di ottenere un risultato favorevole, ma deve essere caratterizzata da una consistente probabilità di successo¹².

¹¹ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 58

¹² Cass., 29-03-2006, n. 7228, in *Foro amm.*, 2006, 6, 1748. Con riferimento agli interessi pretensivi l'ingiustizia del danno si configura in relazione alla consistenza della protezione che l'ordinamento riserva all'istanza di ampliamento della sfera giuridica del pretendente, essendo necessario che egli sia titolare non già di una mera aspettativa, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la consecuzione, secondo la disciplina applicabile ed un criterio di normalità, di un esito favorevole. (Sulla base di tale principio la S.C. ha ritenuto corretta la sentenza di merito che aveva riconosciuto il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione del contratto ad un'impresa sotto il

Infatti, pur essendo evidente che la *chance* si riferisce alla “sorte” o alla “fortuna” (che sono eventi futuri), pur tuttavia è altresì vero che essa è considerata quale concreta possibilità di ottenere un vantaggio economico e non certamente una mera astratta possibilità di fatto.

La figura giuridica della *chance* ha avuto origine e sviluppo soprattutto nell’ambito della giurisprudenza del lavoro, ma subito dopo si è estesa in tutti quei settori in cui il valore della persona veniva violato e quindi necessitava di protezione tant’è che l’autore del fatto lesivo incorreva, a secondo i casi, nella responsabilità contrattuale o extracontrattuale¹³.

3. L’evoluzione del danno da perdita di *chance* è indubbiamente legata all’evoluzione del concetto di danno ingiusto di cui all’art. 2043 del codice civile. Il concetto di “ingiustizia” del danno, infatti, un tempo era riferito non al danno, bensì al fatto perché la responsabilità civile era fondata sulla teoria della colpa: si dava così attenzione alla condotta tenuta dal soggetto agente proponendosi così di sanzionare comportamenti che si presentassero come illeciti e che, peraltro, fossero suscettibili di pregiudicare unicamente diritti assoluti in quanto tutelati *erga omnes* da norme primarie.

Successivamente, quella che prende il nome di *crisi della concezione tradizionale dei fatti illeciti* si concretizza, per così dire, nella presa di coscienza che l’esigenza primaria deve essere quella di tutelare la “vittima”

profilo della perdita di *chance*, in forza di un giudizio prognostico positivo circa l’esito favorevole - sulla base della normativa applicabile e del procedimento di scelta del contraente autodeterminato dalla p.a. - della partecipazione della stessa ad una gara, della quale, invece, illegittimamente era risulta vincitrice altra impresa).

¹³ D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007, 13. Scrive l’Autore: << Superato l’orientamento contrario alla risarcibilità, la *chance* è oggi espressione della prevedibilità del danno sancito dall’articolo 1225 c. c. proprio in considerazione dei principi di lealtà e correttezza che costituiscono l’espressione del più generale principio di solidarietà sociale e di protezione del valore persona in tutte le sue manifestazioni espresso dall’articolo 2 della Costituzione così come indicato nella sentenza della Corte Costituzionale n. 15759 del 1986, in *Danno resp.*, 2002, p. 393 >>.

dell'illecito: ecco dunque che l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza comincia a spostarsi dalla posizione del danneggiante a quella del danneggiato.

Di conseguenza, non ha più senso parlare della (tradizionale) funzione sanzionatoria della responsabilità civile perché, posto che l'attenzione dell'ordinamento è ora orientata verso il soggetto danneggiato, diventa primaria l'esigenza di riparare il danno che la vittima ha subito a causa dell'altrui comportamento pregiudizievole.

Quindi bisogna fare attenzione a non cadere nell'errore, come si faceva prima, di far coincidere il requisito dell'ingiustizia ex art. 2043 con il concetto di illecito: la nozione di illecito, infatti, presuppone l'obbligo, sancito dall'ordinamento, di non tenere un determinato comportamento, pena l'irrogazione di una sanzione. Questo è un modello che si addice maggiormente alla materia penalistica, dominata dal principio di legalità e diretta a reprimere gli atti che causano un'offesa a valori ritenuti essenziali¹⁴.

Nel diritto civile le finalità, si sa, sono diverse e sono ispirate alla tutela e alla regolamentazione dei comportamenti, dei poteri e dei doveri dei consociati, evitando in tal modo che la libertà che vien loro riconosciuta scada nell'arbitrio: ciò riduce nettamente l'ambito di applicazione della categoria dell'illiceità. Di contro l'art. 2043 c.c. non attribuisce a ben vedere alcuna rilevanza al binomio illiceità/antigiuridicità della condotta, perché l'ingiustizia, nell'ambito dell'attuale interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, è un requisito che si ricollega al danno, non al comportamento dell'agente. Quindi è proprio la legge che consente di escludere l'antigiuridicità dal novero degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità e a mettere in chiara luce la nozione tecnica di danno che

¹⁴ F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno ed antigiuridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 711.

giustifica una definizione di responsabilità aquiliana quale reazione che l'ordinamento appresta avverso il danno ingiusto imponendo a chi vi ha dato causa l'obbligo di risarcirlo¹⁵.

Ora, la responsabilità civile ha assunto così una fondamentale funzione compensativa e, quindi, di riparazione del danno attraverso il pagamento dell'equivalente monetario, cui va aggiunta anche una componente preventiva o deterrente: secondo la funzione deterrente della responsabilità civile, quest'ultima deve essere volta a scoraggiare l'illecito, a disincentivare il compimento dell'illecito da parte del suo potenziale autore. L'effetto deterrente viene generalmente perseguito obbligando l'autore dell'illecito a restituire quanto ha ingiustamente sottratto alla vittima, attraverso l'ingerenza nella sua sfera privata (trattasi di una pura e semplice restituzione).

Tali brevi considerazioni valgono a sottolineare come l'evoluzione della responsabilità civile ha permesso un graduale ampliamento dell'area del danno risarcibile tale da comprendervi anche il danno in esame. A sua volta, l'evoluzione del danno ingiusto è strettamente connessa all'art. 2 della Costituzione, secondo cui "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Il diritto della responsabilità civile si presenta, oggi, come un diritto di insiemi e modelli generali, che però si combinano in vario modo, per dar vita ad una famiglia di singole ipotesi diverse e peculiari. Non esiste perciò una definizione soddisfacente della responsabilità civile. Si può dire che la responsabilità civile è oggi quel fenomeno mediante il quale si descrive la reazione dell'ordinamento dinanzi alla lesione di un interesse giuridicamente

¹⁵ F. PIRAINO, *Ingiustizia e antigiuridicità*, cit., 713.

tutelato, l'obbligo che la legge pone a carico di una persona di risarcire il danno, da lei cagionato ad altri, in conseguenza della lesione dell'altrui diritto¹⁶. Tralasciando l'analisi delle varie teorie che hanno tentato di definire l'area del danno-effetto (dalla teoria della *condicio sine qua non*, a quella della *cd. regolarità causale*) la dottrina e la giurisprudenza si sono conformate sulla definizione di danno risarcibile come danno determinato dalla realizzazione di un rischio normalmente connesso con il comportamento illecito, intendendo per normali anche i danni (*cd. mediati o indiretti*) che, sia pure in presenza di circostanze eccezionali, costituiscono, secondo il comune giudizio, la normale conseguenza di un determinato comportamento illecito. In questo modo è stato possibile superare, nel nostro ordinamento, le differenze fra i vari tipi di responsabilità (*precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale*), ponendo alla base delle stesse il comune denominatore del fatto illecito, di cui ne rappresentano l'imputabilità. Tale sistema della responsabilità civile ha permesso di includervi le diverse ipotesi di risarcimento del danno nascente da illecito che prima, data la rigidità del sistema, non era possibile tutelare, oppure, rispetto alle quali si ammetteva la tutela soltanto di riflesso, come danni mediati indiretti quale lesione di un diritto soggettivo.

E' il caso, appunto, del danno da perdita di *chance*, la quale trovava spazio solo come lesione di un diritto soggettivo dato che essa inizialmente era considerata una mera aspettativa. Oggi invece la *chance* è divenuta uno dei criteri d'imputabilità della responsabilità civile, perché questo tipo di danno non è più considerato come la lesione di una semplice aspettativa, quanto come la lesione di un'aspettativa legittima suscettibile di essere risarcita alla stregua di un interesse legittimo e d'ogni altro diritto soggettivo tutelato dall'ordinamento così come affermato dalla Suprema Corte di Cassazione

¹⁶ Cass., 22-07-1999 n. 500, in *Danno resp.*, n. 10/99.

nella sentenza emessa a sezioni unite il 22/07/99 n. 500. Dunque è possibile evidenziare come il danno da perdita di *chance* è oggi un danno autonomo suscettibile di valutazione economica, proprio perché rappresenta uno strumento di cui si può servire l'interprete per graduare il *quantum* da infliggere a chi col suo comportamento ha violato determinati obblighi, i quali possono discendere dal contratto o dalla legge. In questo senso la *chance* diviene un danno presente e non futuro perché rappresenta la possibilità che ha il danneggiante di evitare un danno impiegando la diligenza richiesta al fine di soddisfare il danneggiato, suo creditore, ed in questo modo la *chance* si pone come strumento da impiegare per distribuire la sanzione da infliggere a chi, col suo comportamento, viola tali obblighi di diligenza e buona fede rientrando nel disposto dell'articolo 1225 c. c., il quale rubricato « prevedibilità del danno » recita “ Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al momento in cui è sorta l'obbligazione”¹⁷.

Parte della dottrina, facendo leva sull'articolo 2 Cost., ha ritenuto addirittura di poter qualificare la perdita di *chance* come danno alla persona (da intendersi, quest'ultimo come danno al valore persona nel suo complesso), affermando che la persona viene tutelata, in quanto tale, nel suo modo di esistere, di essere presente, in tutte le sue occupazioni presenti e future nelle quali si realizza la sua personalità. Quindi, in estrema sintesi, inizialmente la tutela apprestata

¹⁷ Cass., III Sez. Civile, 25-09-1998, con nota di commento di A. VIOLANTE, in *Danno Resp.* n. 5/99, 536. L'Autore sostiene che “ La *chance* perduta costituisce in definitiva un escamotage, di cui si avvale l'interprete per più facilmente individuare e graduare il quantum risarcitorio da infliggere a chi col suo comportamento non si è uniformato ai principi della correttezza e della lealtà e che per questo deve essere sanzionato. Ciò che diviene oggetto di risarcimento non è allora la *chance* irrimediabilmente compromessa di conseguire un risultato utile, bensì la violazione dell'obbligo giuridicamente rilevante che imponeva un certo comportamento. Alla suddetta violazione può attribuirsi un valore in termini pecuniari proprio in ragione dell'entità della *chance* che si assume perduta; quest'ultima si atteggia a misura del *quantum* da risarcire, così consentendo di graduare la sanzione pecuniaria in maniera più o meno gravosa”.

dalla responsabilità civile si limitava a quelle fattispecie che si configuravano come lesioni di interessi espressamente tutelati da norme giuridiche: in altri termini dei soli diritti soggettivi assoluti. Successivamente, l'evoluzione della società e il progresso tecnologico, scientifico e culturale, hanno portato ad un ampliamento dell'area del danno risarcibile che ha trovato nel concetto di ingiustizia il presupposto indispensabile, nonché il fulcro centrale della disciplina della responsabilità civile. Sulla base di tale concetto è stato possibile intendere il danno non più come pregiudizio in termini meramente economici, bensì come pregiudizio della personalità del soggetto, complessivamente considerata.

Questa nuova tendenza ha comportato la nascita e lo sviluppo di « nuovi danni », tali da ricomprendere, ad esempio, la lesione di diritti soggettivi relativi, diritti di godimento, aspettative e interessi legittimi.

E non solo. Sempre sulla base del valore persona, si è giunti a tutelare il diritto alla salute, il diritto alla riservatezza; a tutela della persona sono stati imposti limiti alla libertà di iniziativa economica, *ex art. 41 Cost.*, in modo che essa non venga svolta in maniera tale da arrecare danno « alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana »; sono nati nuovi tipi di danno quale il danno morale, esistenziale, biologico, psichico (voci queste che, alla luce della recentissima sentenza delle Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, hanno ormai funzione meramente descrittiva).

In tutti questi casi la linea guida idonea a evidenziare l'esistenza di un danno è stata comunemente riconosciuta come la seguente: se un soggetto, capace di intendere e di volere, agisce cagionando un danno che incide su un interesse altrui, giuridicamente rilevante, egli è tenuto al risarcimento del danno. Ciò in quanto l'ingiustizia non fa più riferimento unicamente ai diritti assoluti ma, per l'appunto, ad interessi ritenuti dall'ordinamento *giuridicamente rilevanti*.

Quindi, il fondamento normativo di questa nuova tendenza è offerto dall'espressione di « ingiustizia » del danno contenuto nel disposto dell'art. 2043 c.c.. Tale elemento non costituisce elemento marginale, anzi, la connotazione dell'ingiustizia del danno è divenuta, in questa prospettiva, fattore essenziale di ogni giudizio di responsabilità. A tal proposito opinione diffusa è che «l'ingiustizia... ha rappresentato una valvola attraverso la quale si è inteso dar tutela ad un insieme di situazioni pregiudizievoli ad un soggetto per effetto dell'attività di altri. E la responsabilità civile viene considerata come un complesso normativo predisposto dall'ordinamento giuridico per reagire al danno ingiusto non soltanto come alterazione economica, ma anche come tipico pregiudizio della personalità morale del soggetto danneggiato, in quanto lesivo dei suoi sentimenti, del suo decoro, della sua reputazione, dell'integrità, dell'opera dell'ingegno e dell'attribuzione di essa»¹⁸.

Tali osservazioni sono state manifestate anche dalla Corte di Cassazione nella famosa sentenza n. 500/1999 nella quale statuisce come «< la strada per il risarcimento del danno passi per una lettura dell'art. 2043 Codice Civile, quale una clausola generale dell'ordinamento in cui è possibile ricomprendere le diverse tipologie di danni e dove il giudizio di ingiustizia è espresso dal giudice sulla scorta dei valori e degli interessi tutelati dall'ordinamento >>¹⁹.

La perdita di *chance*, dunque, quale lesione del valore persona, è stata anch'essa compresa nell'area del danno risarcibile, proprio perché l'evoluzione del danno ingiusto oramai lo consente. È vero pure che il punto è fortemente dibattuto da parte di quella dottrina che guarda alla perdita di chance come *economic loss* (il punto verrà approfondito nel prosieguo).

¹⁸ M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, III ed., Milano, 416.

¹⁹ *Danno e resp.*, n. 10 del 1999.

La perdita di *chance* nasce quindi da un'esigenza sentita dalla giurisprudenza soprattutto nei casi in cui, per la mancanza del requisito della certezza, non era possibile liquidare alcun danno anche in presenza di una ragionevole probabilità di avveramento per la mancanza del nesso causale tra la condotta e il danno futuro (aspetto, questo, di cui si parlerà nel prosieguo) che non permetteva di avere la certezza del verificarsi dell'evento e, quindi, del danno²⁰.

Inoltre, a sostegno della tesi resta al riconoscimento della perdita di *chance*, vi era l'affermazione che la *chance*, pur avendo un certo valore sociale, non aveva un valore di mercato: quindi, si diceva, la lesione della "utilità, possibilità, occasione, *chance*", produce certamente un danno che tuttavia non è risarcibile per equivalente economico²¹. È invece a partire dagli anni '80 che

²⁰ In particolare, la dottrina riteneva che la perdita di *chance* costituisse "interesse di mero fatto" non risarcibile per la mancanza della "lesione di un diritto soggettivo o, comunque, di un interesse giuridicamente tutelato", F. BUSNELLI, in *Foro it.*, 1965, IV, 46.

²¹ A. PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, commento a Trib. Monza 21-2-1992. L'autore pone a severa critica l'interpretazione che guarda alla *chance* persa come danno autonomo. In particolare un'impostazione del problema che perviene a qualificare la *chance* addirittura come bene patrimoniale denota una malintesa interpretazione economica del fenomeno. In termini economici, l'espressione *chance* descrive qualunque situazione aleatoria potenzialmente idonea a produrre, con una certa probabilità, un reddito o comunque un beneficio. Gli operatori economici, le cui scelte si proiettano normalmente su uno scenario di strutturale incertezza, sono abituati ad apprezzare l'alea insita in ciascuna delle suddette situazioni, valendosi dell'unico strumento scientifico a tale scopo utilizzabile: il calcolo delle probabilità. La valutazione economica di una *chance* si presenta quindi, almeno in astratto, estremamente semplice: il valore della *chance* sarà pari al valore attuale del flusso dei redditi attesi, ciascuno ponderato con la relativa probabilità. Quindi se il valore della *chance* rappresenta la sintesi economico-attuariale dei risultati che essa prefigura (e che, in definitiva, ne costituiscono l'oggetto) sembra difficile sostenere che la stessa *chance* rappresenti un *quid* ontologicamente distinto e autonomo rispetto a quei risultati; la *chance*, infatti, acquista rilievo e consistenza proprio (e soltanto) in funzione di questi ultimi e del loro grado di attendibilità. Il che, peraltro, non esclude che la *chance* possa avere un proprio valore economico, ad essa autonomamente riferito. Anzi, proprio la possibilità, appena delineata, di una valutazione economica della *chance* sembra di per sé attribuire alla stessa un'autonoma rilevanza patrimoniale. Occorre nondimeno tenere presente che, nella teoria economica moderna, il concetto di valore è indissolubilmente connesso a quello di prezzo; cosicché il valore economico è pur sempre, in fin dei conti, un valore di mercato o di scambio. Ora, è evidente che, nella generalità dei casi, il valore economico attribuito ad una *chance* non rappresenta anche un valore di mercato, riferibile alla stessa *chance* quale bene autonomamente negoziabile; e ciò in quanto una *chance* non può normalmente costituire oggetto di scambio, essendo per lo più in suscettibile di autonomo sfruttamento economico. L'unica utilità che, difatti, può ritrarsi da una *chance* discende dalla sua eventuale realizzazione, e cioè dal verificarsi del risultato favorevole auspicato; risultato di cui generalmente potrà beneficiare soltanto

la giurisprudenza ha via via riconosciuto la risarcibilità del danno in esame, anni in cui l'evoluzione delle società industrializzate e lo sviluppo tecnologico, scientifico e culturale hanno fatto sorgere diverse problematiche connesse alla tutela del valore "persona", in ordine ai numerosi aspetti della vita in cui tale valore può manifestarsi.

4. Sul danno da perdita di *chance*, due aspetti meritano particolare attenzione: uno relativo alla qualificazione di tale danno come « danno emergente » o, viceversa, come « lucro cessante » e, conseguentemente, il suo riconoscimento quale danno autonomo o meno; l'altro relativo al principio di causalità materiale come principale difficoltà da superare nel cammino di evoluzione della *chance*.

Riguardo al il primo aspetto, occorre richiamare l'art. 1223 del codice civile che prevede il risarcimento sia delle perdite subite, intese come danno emergente, sia del mancato guadagno, da considerarsi come lucro cessante.

Viene definito danno emergente ogni perdita di beni o valori che... devono considerarsi già acquisiti al patrimonio, in quanto utilità che il danneggiato ha diritto di ricevere... si tratta di una diminuzione della sfera patrimoniale del creditore conseguente all'inadempimento²².

Il lucro cessante, invece, è definibile come il guadagno patrimoniale netto che viene meno al creditore a causa dell'inadempimento²³, quindi si fa riferimento al guadagno che il creditore avrebbe conseguito se non ci fosse stato il comportamento pregiudizievole che ha causato il danno.

colui che ne vanta l'aspettativa. Sulla base di tali opinioni il Paces sostiene dunque che l'unico valore attribuibile alla *chance* è appunto quello che essa prefigura (questo si configurabile come bene patrimoniale, benché non ancora venuto ad esistenza); valore che risulta dalla stima economico-attuariale del beneficio medesimo, in funzione del suo grado di attendibilità.

²² A. BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, Padova, 2001, 377.

²³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, 77 s.

Orbene, sulla base di tali componenti del danno, sono sorti due principali orientamenti diretti, di volta in volta, a qualificare l'istituto in esame come danno emergente o come lucro cessante. Se si qualifica la *chance* come danno emergente la si considera come bene autonomo, giuridicamente ed economicamente rilevante, facente già parte del patrimonio del soggetto e costituente un elemento indipendente rispetto al risultato utile verso cui tende. Quindi, in tale caso, la lesione della *chance* determina una *deminutio patrimonii* (nel senso che una volta lesa la *chance*, viene meno un elemento del patrimonio del danneggiato), valutabile in modo indipendente rispetto al risultato finale, in quanto, lo si ripete, in questo caso la *chance* viene considerata come una componente autonoma facente parte del patrimonio del soggetto, e suscettibile, autonomamente, di subire un danno e di essere risarcita. In tal caso quindi la *chance* persa costituisce una posizione di vantaggio economicamente valutabile che non esiste più nel patrimonio del danneggiato a causa della condotta altrui, rilevante sia in termini di responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

Qualificando la *chance* come lucro cessante, invece, si tende a guardare alla *chance* stessa dalla prospettiva dell'elemento probabilistico e, in questo caso il risarcimento del danno sarebbe possibile a una condizione: solo ove la *chance* aveva notevoli possibilità di giungere a buon fine.

In realtà l'inquadramento della *chance* nel danno emergente o nel lucro cessante dipende anche dalla qualificazione che ad essa si attribuisce. Perché se la si considera come perdita di un risultato favorevole (attenzione: non della possibilità di conseguire il medesimo), si tenderà a equipararla al lucro cessante; mentre se la si intende come *perdita della possibilità* di ottenere un risultato utile, si tenderà a considerarla come danno emergente. Le maggiori ripercussioni di questa fondamentale distinzione si riversano sul profilo del

sistema probatorio applicabile: più precisamente, nel caso in cui si guardi alla *chance* come perdita attuale della possibilità di conseguire un risultato favorevole, sarà sufficiente dimostrare la mera probabilità della *chance*, unitamente alla prova dell'esistenza del nesso causale fra condotta e perdita di *chance*; viceversa, guardando alla *chance* come “danno futuro”, non basterà dimostrare l'esistenza del nesso causale tra attività lesiva e la *chance* persa, ma occorrerà ulteriormente provare, scandagliando nell'ambito dei complicati criteri probabilistico-statistici, che la *chance* persa, ove non fosse stata lesa, avrebbe condotto al sorgere di una situazione di vantaggio a favore della vittima.

A dire il vero la difficoltà evidenziata soprattutto dalla dottrina e oggi sempre più spesso superata dalla giurisprudenza consiste proprio nel riconoscimento della matrice autonoma del danno da perdita di *chance*, valutabile quale danno in sé e per sé, suscettibile di valutazione economica. Anche se, poi, in realtà la giurisprudenza non è sempre univoca perché se da un lato si qualifica la *chance* come danno emergente, dall'altro se ne accentua la componente futura e se ne riconosce la risarcibilità a titolo di lucro cessante.

Ora, la problematica che si sta affrontando prese corpo dalla sentenza del Pretore di Roma il 27/3/1977 sul caso Stefer. Egli dichiarò risarcibile in via equitativa il danno da perdita di possibilità di conseguire il lavoro, subito da alcuni partecipanti alla selezione per autisti di linea i quali, pur avendo superato alcune delle prove selettive, furono illecitamente esclusi dalla continuazione delle stesse dal datore di lavoro, la Stefer appunto; il Pretore affermò che la *chance* non consisteva in una mera aspettativa, quanto in una aspettativa legittima proprio perché i lavoratori non avevano diritto al posto bensì a partecipare alle ulteriori prove: il lavoro era subordinato al superamento delle ulteriori prove e per questo la posizione dei ricorrenti era

un'aspettativa legittima e pertanto tutelata dall'ordinamento²⁴. Il tribunale di Roma nella sentenza d'appello, emessa il 24/11/1978 dichiarò non risarcibile la perdita di *chance* quale danno futuro non dimostrabile. Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione ribaltò nuovamente la decisione, mostrando di condividere l'orientamento di primo grado e fece delle affermazioni di primaria importanza anche ai fini dell'inquadramento della perdita di *chance* nell'alveo del danno emergente: essa affermò che «è risarcibile il danno da perdita di una chance, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito del datore di lavoro, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito[...]». La chance rappresenta una violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative perché il futuro datore di lavoro, col suo comportamento, ha dato fondato motivo ai lavoratori di confidare nella conclusione del contratto. L'ingiustificato rifiuto del futuro datore di lavoro di consentire ai lavoratori di proseguire nelle ulteriori prove costituisce la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative, avendo detti lavoratori superato con esito positivo le prove fisico attitudinali dunque avevano diritto di partecipare alle prove pratiche, proprio perché il contratto va interpretato ed eseguito secondo buona fede, pertanto l'illegittimo allontanamento dei lavoratori costituisce una violazione del dovere di buona fede nelle trattative secondo il disposto dell'articolo 1337 cod. civ., il quale recita appunto «le parti, nello svolgimento

²⁴ Nella sentenza il Pretore di Roma affermava che i lavoratori avviati al lavoro avevano solo diritto ad essere sottoposti agli ulteriori esami e non al posto di lavoro; perciò il risarcimento del danno va commisurato in base alla lesione di tale posizione. Si tratta non già di una mera aspettativa, bensì di un'aspettativa legittima ad ottenere il posto di lavoro, sottoposta alla condizione di superare gli esami richiesti. La disciplina sull'avviamento al lavoro (legge n. 264 del 29/04/1949), costituisce il dato normativo su cui si fonda la responsabilità del datore di lavoro per i danni subiti a causa dell'illegittimo allontanamento dal posto di lavoro o licenziamento. Pertanto se il datore col suo comportamento pone in essere atti lesivi delle norme contenute nella legge n. 264 del 1949, allontanando illegittimamente il soggetto avviato presso la propria impresa, il giudice, secondo le richieste del danneggiato, o ordina la reintegrazione nel posto di lavoro o concede il risarcimento del danno a causa della violazione della buona fede durante le trattative contrattuali ex art. 1337 codice civile.

delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede". In questo modo, la chance non è un danno futuro quanto invece un danno presente proprio perché costituisce la perdita d'occasione reale di concludere il contratto mandato a monte, dando luogo alla responsabilità per c.d. culpa in contraendo con conseguente obbligo di risarcimento del danno da perdita di chance >>²⁵.

In linea con tale orientamento, in una sentenza del 1992, la n. 147, il Tribunale di Monza affermava: << la perdita di chance è oggetto di autonomo danno risarcibile rispetto al pregiudizio finale, in quanto costituisce entità economica a sé stante esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso >>. Tale pronuncia fa riferimento a un contratto stipulato fra una società sportiva automobilistica e un pilota di Formula 3000, il quale si impegnava a raggiungere i migliori risultati dietro pagamento di denaro da parte della scuderia automobilistica. Tuttavia, dopo le prime prove, la società esclude il pilota stesso citandolo in giudizio, lamentando l'inadempimento contrattuale di quest'ultimo, rappresentato dalla mancanza di una concreta volontà di raggiungere i risultati prestabiliti. A sua volta, il pilota chiede il risarcimento del danno patito a causa dell'estromissione. Fermo restando che il Campionato di Formula 3000 è comunemente ritenuto una tappa obbligata per potere poi accedere alla Formula Uno (massimo campionato di questa disciplina sportiva), il Tribunale di Monza ha affermato che << la perdita di chance di essere assunti e di essere ingaggiati in una scuderia di Formula Uno non è solo eventuale, ma esistente come valore patrimoniale autonomo al momento del verificarsi del danno. Si tratta di un danno patrimoniale effettivamente subito poiché il soggetto danneggiato viene privato di un'utilità

²⁵ La sentenza in epigrafe è riportata nel terzo volume dei *Fatti Illeciti, Causalità e Danno*, Padova 1999, 300 s.

che, viceversa, avrebbe ottenuto in assenza dell'inadempimento cagionato >>>²⁶. Ancora, per il Tribunale di Roma << la perdita di chance non costituisce perdita di un bene patrimoniale, ma rappresenta semplicemente l'annullamento di un presupposto causale necessario per il conseguimento del risultato sperato... ravvisando nella chance... un danno attuale ed emergente, diverso e inferiore rispetto al danno futuro avente per oggetto il risultato finale >>>²⁷. In altri termini, secondo questa prospettiva, poiché il patrimonio di un soggetto comprende tutto un insieme di situazioni soggettive attive e passive, come non riconoscere a ciascun elemento costitutivo una sua rilevanza patrimoniale suscettibile di subire un danno allorquando sia distolto o, addirittura, annullato, dal fine cui era orientato? L'idea è quella di valutare la situazione complessiva del soggetto leso in una prospettiva dinamica e diacronica: il suo patrimonio personale prima e dopo l'attività lesiva della *chance* non è identico; la perdita dell'utilità ha provocato una *deminutio* che prima non sussisteva e che inibisce o influenza, in vario modo, la realizzazione di auspicati vantaggi patrimoniali futuri. Ancora: << la perdita della possibilità di guadagnare un risultato utile si risolve in una lesione della libertà contrattuale e, pertanto, "in un danno certo consistente non in un lucro cessante, bensì in un danno emergente da perdita di una possibilità attuale e non di un futuro risultato >>>²⁸.

La *chance* deve presentare pur sempre un minimo grado di certezza del danno subito, da valutarsi secondo le circostanze del caso, con il criterio della causalità giuridica. È questa la ragione per la quale è stato negato il risarcimento richiesto da un'attrice, diciassettenne all'epoca del sinistro e frequentante il primo anno del liceo classico, che aveva partecipato ad un

²⁶ Trib. Monza, 21-02-1992, n. 147, in *RCP*, 1993, 859

²⁷ Trib. Roma 22-04-1998 n. 1640, in *Giur. romana*, 1999, 211

²⁸ Coll. Arb. Roma, 21-5-1996, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1998, 293.

corso per indossatrice presso un'emittente televisiva, ma aveva dovuto abbandonare ogni iniziativa artistica, in conseguenza di una lesione subita a causa di un incidente stradale²⁹. È questa la ragione per la quale non è stata accolta la domanda di un pugile dilettante che, per il ritardo con il quale era stato sottoposto agli accertamenti medici da parte della federazione e dell'associazione sportiva di appartenenza, aveva lamentato la perdita di opportunità di lavoro, per effetto della mancata conoscenza tempestiva dell'impossibilità di iniziare una carriera da pugile professionista, « senza indicare l'occasione di lavoro rifiutata in ragione dell'aspettativa di intraprendere tale carriera »³⁰. È questa la ragione per la quale chi domanda « il ristoro del danno subito a seguito della mancata impugnazione della sentenza di primo grado, non può limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello della pronuncia in senso a lui favorevole, ma deve dimostrare l'erroneità della pronuncia in questione oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto »³¹. È questa, infine, la ragione per la quale è stato deciso che la seduzione con promessa di matrimonio non dà diritto al risarcimento dei danni da perdita di *chance*, poiché « l'attuale ruolo svolto dalla donna all'interno della famiglia non consente di ritenere che dallo status di coniuge questa possa ottenere un sostanziale miglioramento delle proprie condizioni economiche »³².

Sempre lungo tale linea di pensiero va ricordata la critica che Bocchiola (accanito sostenitore della teoria della *chance* persa quale danno emergente) muoveva a Busnelli secondo cui (sulla base dell'ormai superata impostazione

²⁹Trib. Perugia, 13-2-1999, in *Rassegna giur. Umbra*, 1999, 746, anche se la sentenza cataloga la *chance* come lucro cessante.

³⁰ Trib Roma 28-10-1999, in *Danno resp.*, 2000, 658.

³¹ Cass. 20-01-1999, n. 722, in *Danno resp.*, 1999, 1123 s.

³² Trib. Palermo 02-06-1998, in *Danno resp.*, 1998, 1140 s.

tradizionale) la perdita di *chance* si risolveva nella lesione di un mero interesse di fatto per cui tale pretesa avrebbe avuto poche possibilità di essere risarcita nel nostro ordinamento, data la prevalente interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., secondo cui presupposto dell'ingiustizia del danno era solo la lesione di un diritto soggettivo. Secondo Bocchiola, invece, la perdita di *chance* concreta un danno certo ed attuale consistente nel venir meno della probabilità esistente nel momento in cui l'evento s'è verificato: in altre parole, la perdita di una *chance* non è un danno futuro ma un danno presente perché, se è vero che si ha il venir meno della possibilità di conseguire un futuro risultato favorevole, è pure vero che la *chance*, per lo più, viene perduta nel momento stesso in cui si verifica il fatto dannoso.

In taluni casi la perdita di *chance* è dunque sussunta nell'ambito del lucro cessante con ovvie conseguenze in ambito probatorio, molto più rigoroso rispetto alla struttura risarcitoria in ambito di danno emergente. E ciò in quanto se in quest'ultima prospettiva sarà sufficiente dimostrare il compimento dell'attività lesiva nei confronti di una *chance* già presupposta come esistente nel patrimonio del danneggiato, nell'ambito dello schema *ex danno futuro lucro cessante*, bisognerà dimostrare, non solo, il nesso di causalità tra condotta ed evento lesivo, ma anche quell'evento positivo che con ragionevole probabilità il danneggiato avrebbe conseguito, ove lo stesso non avesse subito il pregiudizio cagionato dalla condotta *contra ius*. In tale contesto, la *chance* non ha una sua utilità intrinseca ed autonoma ed anzi la sua funzione è puramente strumentale a un obiettivo finale di cui costituisce un semplice presupposto che non è dotato di alcuna rilevanza giuridica se separato dal contesto a cui è riferito. Inoltre - come s'è detto - nel lucro cessante la prova della certezza del danno è molto più impervia: la certezza del mancato guadagno non può mai essere ottenuta con lo stesso grado di certezza

delle perdite subite (danno emergente), dato che queste ultime, normalmente, esistono già al momento del processo nel patrimonio della vittima, mentre il << lucro cessante non è entrato e non entrerà mai nel suo patrimonio. Quindi, in linea con queste considerazioni, certa giurisprudenza ha ritenuto che “la perdita di possibilità non ha alcuna rilevanza autonoma, infatti la chance non rappresenta un quid ontologicamente distinto dal risultato utile che prefigura; essa, piuttosto, esprime la probabilità di quel risultato, in relazione alla situazione attuale che ne legittima l’aspettativa >>³³. O ancora il Tribunale di Forlì in una sentenza del 1989 ha statuito: “nell’ambito del risarcimento del danno provocato da un fatto illecito, la perdita di una chance (nella fattispecie derivante dalla mancata esecuzione di un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa a seguito di sinistro stradale) trova ristoro come danno indiretto a titolo di lucro cessante”³⁴; così come la Pretura di Roma: << ove non venga utilizzato nelle mansioni di assunzione e resti inoperoso, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno sia per lucro cessante, sub specie per perdita della chance di lavoro extra, sia per lesione della professionalità >> (nella fattispecie, il ricorrente, assunto quale annunciatore televisivo in video, non era poi stato utilizzato per difetto di telegenica ravvisato dai vari direttori di testata, ed aveva legittimamente rifiutato di espletare le mansioni, intrinsecamente diverse da quelle contrattuali, di annunciatore con voce fuori campo)³⁵.

La configurazione dogmatica della *chance* persa come lucro cessante, come s’è detto, ne rende estremamente complessa la prova soprattutto sul versante del nesso eziologico fra condotta ed evento: come riuscire infatti a dimostrare che sussiste un collegamento certo fra il comportamento pregiudizievole e un

³³ Trib. Roma, 28-10-1999 n. 6327, cit., 658

³⁴ Trib. Forlì, 05-12-1989, in *Arch. Circolaz.*, 1990, 785

³⁵ Pret. Roma 30-4-1986, cit., 785

futuro e incerto risultato positivo per il danneggiato? In tale caso occorrerebbe fare ricorso ad un complicato sistema di calcoli probabilistico-statistici, senza peraltro essere sicuri dell'attendibilità dello stesso. Risulta, al contrario, decisamente più agevole operare un collegamento fra condotta ed evento se si considera la *chance* non come un potenziale vantaggio futuro della cui realizzazione non si ha alcuna certezza, ma piuttosto come una possibilità, che esiste già nel patrimonio del danneggiato e la cui funzionalizzazione rispetto al risultato finale auspicato viene meno nel momento in cui essa subisce la lesione da parte del comportamento pregiudizievole. In termini esemplificativi, in base a tale schema, se Tizio, che si sta recando con l'automobile a partecipare alle prove scritte di un concorso, non arriva in tempo e viene estromesso a causa di un incidente stradale con Caio causato dalla guida imprudente di quest'ultimo, Tizio stesso non potrà lamentare la mancata vittoria al concorso (danno futuro incerto), ma potrà agire in giudizio contro Caio lamentando di aver perso la possibilità di partecipare al concorso, con eventuale esito positivo. In tali termini la *chance* potrebbe essere intesa come un'aspettativa legittima (e, ad ogni modo, tutelata dall'ordinamento), nel senso che, procedendo da esempio appena fatto, Tizio ha solamente il diritto di essere sottoposto alle prove scritte del concorso, ma non ha un diritto al posto di lavoro: si tratta di un'aspettativa legittima ad ottenere il posto di lavoro, sottoposta alla condizione di superare gli esami richiesti. Ma se tale condizione viene vanificata dall'altrui comportamento lesivo, ecco che è configurabile la perdita di *chance* quale danno emergente, quindi come danno presente. Anche la dottrina straniera appare decisamente più incline all'inquadramento della perdita di *chance* nell'alveo del danno emergente. Così secondo il Savatier³⁶, la *chance* rappresenta un'eventualità intimamente

³⁶ J. SAVATIER, *Observations*, in *JPC*, 1966, II, n. 14753

collegata a un bene perduto (si tratti di una cosa, come il quadro da inviare ad un'esposizione, o di una prestazione, come l'attività professionale dell'avvocato): essa viene pregiudicata nel momento stesso in cui si verifica il fatto dannoso. Si tratta allora di un danno *sempre presente*, economicamente valutabile in base alle sue caratteristiche, presente nel patrimonio del danneggiato, e la sua perdita deve considerarsi perciò (ancora una volta) danno emergente piuttosto che lucro cessante (Savatier a tal proposito parla di << probabilità anteriore >>).

Queste considerazioni ci permettono ulteriormente di distinguere il danno da perdita di *chance* dal danno futuro. Mentre il primo ha ad oggetto una possibilità da considerarsi in termini di attualità e concretezza come facente parte del patrimonio del danneggiato, il secondo viene inteso dalla dottrina come danno ipotetico, probabile, un danno, cioè, che non è certo che si verificherà: tale danno, infatti, viene definito come << un danno che ancora non si è verificato al momento della liquidazione >>³⁷.

Da qui la considerazione che << il connotato intrinseco della chance, intesa come concreta possibilità di conseguire un risultato utile è l'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima: un fatto determina l'interruzione di una successione di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un vantaggio, producendo una situazione che ha carattere di assoluta imm modificabilità, consolidata in tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in modo tale che risulta impossibile verificare compiutamente se le probabilità di realizzazione del risultato si sarebbero poi tradotte o meno nel conseguimento dello stesso >>³⁸. In base a tale considerazione si è, in aggiunta, affermato che la *chance* non può costituire un danno futuro in quanto essa è

³⁷CIAN TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, art. 1223, III, 1 e 2 e art. 1226, III, 1.

³⁸ Cass., 25-11-2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, 155

perduta nel momento in cui avviene il fatto illecito: << la perdita di chance, consistente nella privazione della possibilità di sviluppi o progressioni nell'attività lavorativa, costituisce un danno patrimoniale risarcibile, qualora sussista un pregiudizio certo (anche se non nel suo ammontare) consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di una possibilità attuale; ne consegue che la chance è anch'essa un'entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile, qualora si accerti, anche utilizzando elementi presuntivi, la ragionevole probabilità dell'esistenza di detta chance intesa come abitudine attuale >>³⁹.

5. Così procedendo, e lungi dal considerare la *chance* come mera aspettativa di fatto, si accennava come sia anche più agevole riuscire ad accertare l'esistenza di un nesso causale fra evento lesivo e *chance* persa, senza incorrere nei complessi problemi interpretativi su cui, un tempo, faceva leva la dottrina tradizionale per sostenere la tesi della irrisarcibilità della *chance*. Ora, il principio di causalità materiale risulta abbastanza semplice e, direi, ovvio: affinché ci sia un danno ci deve essere un rapporto di causa ad effetto sulla base del quale è possibile affermare che il fatto (comportamento) ha cagionato il danno.

Tuttavia, per molto tempo, la dottrina ha interpretato l'anzidetto rapporto in chiave strettamente naturalistica: di conseguenza, secondo tale concezione, poiché ogni evento dipendeva da una causa, non si potevano risarcire tutti i danni ma solo quelli che si presentavano come conseguenza immediata e diretta dell'evento. Ciò perché si riteneva che non tutti i danni prodotti da illecito potevano essere risarciti, ma solo quelli di cui era possibile dimostrare

³⁹ Cass., 25-11-2003, n. 11322, cit.

la colpevolezza del soggetto agente. Si trattava, tuttavia, di una concezione impropria e restrittiva il cui limite era rappresentato proprio dal rilievo dato al nesso causale inteso come collegamento materiale fra condotta ed evento lesivo. In una simile ottica il danno da perdita di *chance* non poteva essere risarcito, perché la *chance* stessa si presentava come una aspettativa priva del collegamento fra condotta ed evento e, di conseguenza, non se ne poteva dimostrare la colpevolezza del soggetto agente.

L'evoluzione della dottrina ha poi chiarito come il rapporto di causalità non può essere inteso in chiave strettamente naturalistica, perché ogni evento dipende generalmente dal concorso di più cause e ognuna di esse è, in senso naturalistico, in rapporto al danno. Solo che per il diritto non basta che il fatto commesso sia stato una delle tante cause che sono concorse a determinare il danno, ma occorre, affinché ci sia un rapporto di causalità in senso giuridico, che il fatto si presenti quale causa efficiente del danno.

In tale contesto, la ricerca dell'esistenza del nesso causale muove a partire da due principi: il primo si fonda su un giudizio di valutazione *ex post* volto ad accertare se la condotta del soggetto agente ha posto in essere una qualche condizione senza la quale il danno non si sarebbe verificato (teoria della *condicio sine qua non*); il secondo si fonda su un giudizio di valutazione *ex ante* volto ad accertare se la condotta fosse di per sé adeguata al verificarsi del danno (teoria della causalità adeguata).

In relazione alla causalità materiale, così intesa, il danno da perdita di *chance* si configura non come il raggiungimento di un risultato utile (perché, come s'è già detto, sarebbe incerto il nesso causale tra condotta ed evento), ma come la *possibilità* di ottenere un risultato utile: cioè, in questo modo, riconducendo il danno in esame (in quanto lesione di possibilità) nell'alveo dell'art. 1223 c. c., la *chance* persa diviene risarcibile proprio perché è certo che un fatto illecito

ha prodotto perdite di possibilità. In particolare, relativamente alla perdita di *chance*, nel valutare l'esistenza del nesso causale, occorrerà procedere considerando non l'esistenza di un collegamento materiale fra condotta ed evento, quanto la sussistenza del danno stesso: cioè occorrerà valutare le concrete possibilità che aveva la vittima di ottenere il risultato utile, il quale gli è stato negato per colpa del comportamento tenuto dal soggetto danneggiante.

Tuttavia, tenuto conto che si parla pur sempre di << possibilità o opportunità >> (espressioni che richiamano, comunque, a situazioni più incerte che certe), la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di elaborare principi volti ad attenuare i rigorosi criteri e le regole in tema di nesso eziologico, sostituendo il criterio della << certezza >> degli effetti lesivi della condotta con quello della << probabilità >> che si basa su una valutazione presuntiva, non essendo possibile la prova assoluta e, soprattutto, certa del risultato favorevole. Di conseguenza, con riferimento alla *chance* non trovano applicazione i criteri di imputazione della responsabilità civile fondati sulla teoria della *condicio sine qua non*, in quanto ci si dovrà avvalere di un giudizio di prognosi effettuato ex ante e avente ad oggetto la condotta del soggetto agente (avuto riguardo pure alle circostanze presenti al momento del fatto) e l'idoneità di questa a produrre le conseguenze lesive lamentate.

Ciò si traduce nella necessità di fornire una duplice prova: nesso causale fra le lesioni e la perdita di *chance*; ragionevole probabilità di verifica della *chance*⁴⁰.

⁴⁰ Cass. 23-07-2002 n. 10739, in *Corr. giur.*, 2003, 1028 ss: è stata annullata, per difetto di motivazione in ordine alla sussistenza del danno e al nesso causale dell'amministrazione alla produzione dello stesso, la decisione della corte territoriale che aveva condannato il Ministero della Difesa per il danno patito a causa dell'indebita prestazione del servizio militare, con riferimento alla perdita di occasioni di lavoro, da un soggetto che, dopo essere stato arruolato nella Marina militare, dopo qualche tempo era stato congedato dopo che, a seguito di ulteriori accertamenti medici, gli era stata riscontrata l'affezione invalidante del fauvismo.

Sotto il primo profilo, il rapporto di causalità non riguarda le sole conseguenze immediate e dirette, ma si estende anche a quelle future e probabili, purché sussista una relazione normale e tipica fra l'illecito e le ripercussioni nella sfera economica della vittima, essendo risarcibile ogni effetto, anche futuro, quale normale conseguenza dell'illecito, ad esso collegati in base al principio della prevedibilità del danno, che consiste in un giudizio di probabile accadimento futuro, in base ad una valutazione di normalità⁴¹.

Sotto il secondo aspetto occorre che la *chance* non sia meramente aleatoria, ma concreta ed effettiva e assistita da elementi oggettivi che ne consentano una previsione di ragionevole avveramento, non essendo sufficiente, ai fini del risarcimento, un danno solo ipotetico e potenziale.

Un'altra questione che pone non poche difficoltà in ordine al tema della risarcibilità della *chance* perduta attiene al ruolo che la responsabilità civile sta oramai definitivamente assumendo. Vale a dire, gli interessi che vengono tutelati mediante lo strumento della responsabilità civile stanno via via perdendo i loro contorni e tendono ad essere rappresentati in chiave esclusivamente economica. D'altronde anche il danno patrimoniale, pur essendo conseguenza della lesione di interessi non patrimoniali, risulta inevitabilmente assimilato alla perdita patrimoniale nel momento in cui si tratta di prevederne il risarcimento. Questa estensione della responsabilità civile in ambito economico è, per l'appunto, il danno meramente patrimoniale o *economic loss*, il danno allo stato puro, non più conseguenza della lesione di una situazione giuridica rilevante, ma perdita economica pura e semplice⁴². A tal proposito si ricorda che il danno meramente patrimoniale è una perdita

⁴¹ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 249.

⁴² C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 2, 316.

patrimoniale che non consegue alla lesione di una situazione giuridica del danneggiato poiché essa non costituisce un ammanco o, più in generale, una diminuzione che incide su di un bene o un'utilità specifici già inclusi nel suo patrimonio in quanto oggetto di una posizione giuridica formalizzata dall'ordinamento, e sempre che il decremento economico non rappresenti la conseguenza di altri danni recati invece a singoli beni o alla persona, qual è per definizione il lucro cessante. Danno meramente patrimoniale per antonomasia è quello che deriva dall'inadempimento di un'obbligazione, ma con esso non si vuole designare tale tipologia di pregiudizi, ma piuttosto si allude a quei danni che si collocano nella << terra di nessuno tra contratto e fatto illecito >>⁴³, giacché essi non si ricollegano alla violazione di contratti o comunque di obblighi aventi titolo nella legge a favore di soggetti, creditori, né a lesioni subite da beni protetti in via aquiliana⁴⁴.

Orbene entro l'ambito del danno meramente patrimoniale, così inteso, si può includere anche la perdita di *chance*. Infatti, quando si riferisce a questioni di rilevanza economica, essa verosimilmente costituisce un modo per giustificare il risarcimento di un danno meramente patrimoniale, specificamente connotato dall'essere non certo, ma probabile. Quando invece l'interesse violato abbia natura non patrimoniale, essa si configura come il mancato conseguimento di un risultato utile, la cui derivazione causale è assolutamente incerta.

Quindi, si può ben affermare che la perdita di *chance* sul piano della causalità denota un nesso insufficiente a fondare la responsabilità, sul piano del danno denota si riferisce ad una perdita possibile o probabile (mai certa) e sul piano della lesione della situazione soggettiva ne risulta priva.

⁴³ F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": La responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 539

⁴⁴ S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 371.

In tale prospettiva e, criticando l'orientamento della Cassazione che ha riconosciuto il danno da perdita di *chance* nell'alveo del danno emergente, si giunge ad affermare che sul piano del danno patrimoniale la perdita di *chance* denota il mancato conseguimento di un vantaggio, di un lucro cessante ipotetico, del quale si può legittimamente chiedere se sia risarcibile a prescindere da un danno emergente. Poiché quest'ultimo deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta della lesione di una situazione soggettiva, l'emergere del lucro cessante come unica posta da risarcire mette in luce, dalla prospettiva del danno risarcibile, lo stesso ammanco che la situazione soggettiva lesa mette in luce dalla prospettiva della *fattispecie*⁴⁵.

Sulla base di queste considerazioni, Castronovo afferma che << insistere sul terreno della responsabilità aquiliana significa da un lato mettere tra parentesi, ma senza giustificazione, il terreno proprio in cui la questione si pone: quello della responsabilità contrattuale; dall'altro la necessità di assumere che la *chance* è diventata, per diritto vivente, una vera e propria situazione giuridica soggettiva. Non è sufficiente limitarsi ad affermare che essa “non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a se stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione economica onde la sua perdita configura un danno autonomo ed attuale”, perché così si ribadisce la mera patrimonialità della *chance* perduta, dimenticando che in sede aquiliana il danno, per essere risarcito deve essere ingiusto, cioè deve essere qualificato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva. Ma occorre essere consapevoli del fatto che tale situazione soggettiva è di puro conio giurisprudenziale, e conseguentemente chiedersi se la giurisprudenza abbia il potere di creare situazioni soggettive >>⁴⁶.

6. Per quanto riguarda la risarcibilità della *chance* occorre tenere presente due condizioni: la probabilità di realizzazione dell'evento favorevole; la prevedibilità del danno.

⁴⁵ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, 15

⁴⁶ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 325 ss.

Circa il primo aspetto risulta necessario valutare che la *chance* di conseguire un risultato utile fosse superiore al 50% e tale valutazione va effettuata sulla base del criterio dell'*id quod plaerumque accidit*. Ciò significa, dunque, che saranno risarcibili soltanto le perdite di *chances* aventi un consistente grado di probabilità, non potendo essere risarcite mere possibilità (perse) statisticamente irrilevanti: anche se in una recente sentenza la giurisprudenza è apparsa più elastica nel riconoscere la risarcibilità della *chance* persa⁴⁷.

Circa il secondo aspetto vale la regola generale della prevedibilità del danno ex art. 1225 c. c., secondo cui, per potere essere risarcito, il danno deve essere prevedibile, nel senso che l'evento lesivo possa essere previsto dall'agente, al momento del sorgere dell'obbligazione, fermo restando che l'imprevedibilità del danno non costituisce un limite all'esistenza del danno medesimo, ma solo alla misura del suo ammontare.

Quindi, la prevedibilità del danno richiesta da tale articolo riguarda il danno considerato non tanto intrinsecamente, quanto nel suo concreto ammontare. Anche il danno da perdita di *chance* subisce quindi l'influenza e l'applicazione di questo principio. Da ciò ne deriva, (sempre per principio generale) che non saranno risarcibili le perdite di *chances* che il debitore non ha potuto prevedere al momento in cui è sorta l'obbligazione. Tranne nel caso in cui la lesione

⁴⁷ [Cass., 11-05-2007, n. 10840](#), in *Giust. civ. mass.* 2007, 5. La Suprema Corte ha affermato che in tema di risarcimento del danno da lesioni, il danno derivante da perdita di *chance* costituisce una voce del danno patrimoniale risarcibile, in quanto diretta conseguenza delle lesioni riportate, qualora il danneggiato riesca a provare, pur solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la risarcibilità del danno da perdita di *chance* di progressione in carriera in capo ad un impiegato bancario che aspirava al servizio di funzionario bancario per "estero merci", pur emergendo dalle risultanze istruttorie che il posto si era reso disponibile subito prima dell'incidente, che egli godeva di una favorevole reputazione presso la dirigenza e potendosi presumere che solo le ripetute assenze giustificate dall'aggravarsi delle condizioni di difficoltà nel lavoro gli impedirono il passaggio al grado superiore).

della *chance* altrui sia stata cagionata con dolo, sempre ai sensi dell'articolo 1225, comma 1°.

Quanto alla prova del danno da perdita di *chance*, anche in questo caso trovano applicazione i principi generali secondo cui incombe sul danneggiato l'onere di dimostrare l'evento lesivo pregiudizievole per il danneggiato stesso. In concreto, il danneggiato dovrà dimostrare che le probabilità di realizzazione del risultato vantaggioso, ove non fosse sopraggiunto il comportamento lesivo del danneggiante, fossero almeno pari al 51%, perché, ovviamente, in presenza di una percentuale di realizzazione minore (in altri termini, in presenza di una percentuale sfavorevole più alta di una percentuale favorevole), non trova giustificazione la risarcibilità della *chance* persa⁴⁸.

La *chance* perduta è risarcibile mediante la forma della reintegrazione per equivalente. Nello specifico la quantificazione del danno va effettuata considerando il rapporto danno/probabilità di guadagno: occorrerà, cioè, quantificare il danno sulla base delle concrete probabilità di guadagno. Chiara applicazione di tale criterio è una pronuncia della Suprema Corte in cui essa afferma che << il danno da illegittima esclusione dalle prove di un concorso non va commisurato alla perdita del risultato (ad es. alla somma delle retribuzioni che sarebbero spettate all'interessato, ove la prova fosse stata superata), ma al grado di probabilità che le prove avevano di essere superate. Ciò non significa, tuttavia, che la quantificazione del danno da perdita di *chance* possa (o debba) avvenire secondo un mero, aritmetico calcolo di probabilità, poiché la determinazione del danno in esame deve essere semplicemente commisurata al grado di probabilità di conseguire il risultato favorevole, ricorrendo a criteri equitativi >>⁴⁹.

⁴⁸ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, cit, 55 ss

⁴⁹ Cass., 19-12-1985, n. 6506, in *Giur. it.* 1986, I,1, 1182

In altri termini, per la risarcibilità della *chance* occorre che le probabilità di conseguimento del vantaggio sperato siano maggiori di zero e, ai fini di tale calcolo, occorre una precisa valutazione circa i fattori e le varie circostanze che hanno in qualche modo inciso sul raggiungimento del vantaggio auspicato. Il giudice può a tal fine ricorrere a criteri di natura equitativa⁵⁰.

7. La perdita di *chance* copre, *in primis*, la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c. c.: l'esempio tipico è quello della responsabilità professionale dell'avvocato⁵¹ che presenti intempestivamente un atto d'appello a difesa del suo cliente e cagioni, di conseguenza, a quest'ultimo la perdita della possibilità di vincere il processo. Indipendentemente dal grado di diligenza adoperata dall'avvocato ai fini dell'utilizzo dei mezzi necessari per apprestare un'adeguata difesa al proprio cliente, va precisato che se il professionista, con dolo o con colpa, non assicuri diligentemente i mezzi di tutela necessari a realizzare gli interessi del suo assistito, che sono idonei (con buona probabilità) ad eliminare un determinato pregiudizio economico o a concretizzare una data situazione di vantaggio, ecco che egli sarà tenuto a risarcire il danno che la sua condotta negligente ha cagionato al cliente, privandolo della possibilità di conseguire il risultato sperato. Sempre in tema di responsabilità professionale è da ricordare la pronunzia della Suprema Corte

⁵⁰ Cass., 19-12-1985, n. 6506, cit.. << In tema di procedure di concorso costituisce fonte di risarcimento del danno il comportamento del datore di lavoro che escluda illegittimamente il lavoratore aspirante al posto dalla partecipazione alle prove del concorso ove determini la perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione, possibilità che deve essere provata dal lavoratore e va valutata secondo criteri di verosimiglianza alla stregua dell'"id quod plerumque accidit" in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole, costituito dal mancato superamento della selezione stessa. L'ammontare del danno - che costituisce danno emergente - va commisurato non alla perdita del risultato (ossia alle retribuzioni che avrebbe percepito il lavoratore in caso di assunzione), bensì alla mera possibilità di conseguirlo, da determinare a base alle dette retribuzioni ma con un coefficiente di riduzione delle stesse, ovvero facendo ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. >>.

⁵¹ Cass. 12-08-1970 n. 1386, in Giust. civ., 1971, I, 627

del 2001, la n. 15759, mediante la quale la Corte ha chiarito che << in tema di responsabilità professionale (nella specie, di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'an - una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale - ma solo, eventualmente, sotto quello del quantum, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi ex art. 1226 c.c.⁵²>> .

In secondi, anche se il tema è ampiamente controverso, la *chance* copre anche l'ambito della responsabilità extracontrattuale: pertanto, in tali casi, occorrerà valutare la violazione del principio *neminem laedere* ex art 2043 del Codice Civile (si rimanda a tal proposito alle considerazioni di Castronovo a p. 24 del presente lavoro).

In tale ambito, l'illegittima esclusione da un concorso, con la privazione della possibilità di partecipare alle prove selettive, rappresenta l'ipotesi di perdita di *chance* più frequente: in questo caso "il danneggiato può lamentare il danno consistente nel significato negativo della preclusione al concorso, e cioè la

⁵² Cass., 13-12-2001, n. 15759, in *Giust. civ.* 2002, I, 1285

perdita di una certa probabilità di conseguire il risultato favorevole, ma non il danno consistente nel mancato conseguimento del risultato⁵³: nel caso deciso dalla Cassazione, la Corte ha affermato, infatti, che << il diritto del danneggiato di partecipare alle prove di un concorso concretizza un diritto all'integrità del proprio patrimonio..., consistente nella perdita di possibilità di conseguire un risultato utile..., e non nella perdita di quel risultato: possibilità entrata nel patrimonio del danneggiato dal momento in cui ha subito il comportamento illecito e, quindi, la lesione di un diritto >>. In tutte queste ipotesi la perdita di *chance* configurabile implica un danno patrimoniale che, in tema di perdite di possibilità favorevoli, integra le ipotesi più frequenti aventi ad oggetto questo tipo di danno.

Ora, il danno da perdita di *chance* può assumere diversa natura in base alle diverse fattispecie ed essere qualificato, come s'è visto, sia come danno patrimoniale contrattuale (responsabilità datoriale) o extracontrattuale (sinistri stradali), ove è evidente il riferimento alla diminuzione patrimoniale futura, sia come danno non patrimoniale riferentesi a valori non reddituali della vittima di un illecito o di un inadempimento⁵⁴. Infatti, anche il danno da *chance* perduta risente della *nuova moda* del danno non patrimoniale che ha avuto origine con la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03, che ha definitivamente avvalorato l'interpretazione dell'art. 2059 c.c., fornendo all'interprete i criteri liquidatori del << nuovo >> danno non patrimoniale, oltre alle sentenze della Corte di Cassazione (in particolare le sentenze n. 8827

⁵³ Cass. 19-12-1985 n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 1386.

⁵⁴ P. BARCELLONA, in *Riv. eur. dir. priv.*, 2000, 454. "In materia di responsabilità civile, le *chances* acquisitive di utilità sono riferite alle *res* le quali comprendono tanto le *res corporales* in senso proprio (diritti reali) tanto la sfera personale le cui utilità e *chances* acquisitive dipendono dall'integrità psico fisica del danneggiato (corpo, salute, ecc.) e sia le utilità *chance* aquisitive di utilità riferite alle *res incorporales* ove esse siano legate alla possibilità di conseguire un risultato di modo che il verificarsi del fatto dannoso pregiudichi in modo definitivo la possibilità di conseguire un bene; in tutte queste ipotesi il principio della colpa non è affatto un criterio principale perché si coordina con altri criteri quali la prevedibilità del danno e la possibilità che in concreto lo stesso potesse verificarsi".

e 8828 in data 31/5/03) che hanno profondamente innovato il sistema risarcitorio della responsabilità civile delineando un nuovo sistema di danno areddituale al passo col c.d. *diritto vivente*. Come sappiamo, la responsabilità aquiliana va ricondotta nell'ambito del bipolarismo previsto dal codice vigente tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2049 c.c.), e il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nel caso di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti, tra cui va ricompreso anche il danno da *chance* perduta, la cui tutela, come più volte ribadito, è apprestata dal combinato disposto dell'art. 2059 c.c. con l'art. 2 della Costituzione nel caso di danno non patrimoniale e con l'art. 2043 c.c., qualora si faccia riferimento alla *chance* quale valore patrimoniale. Ora, il presupposto per il riconoscimento del danno biologico è costituito da una lesione all'integrità psico-fisica accertata o suscettibile di accertamento medico-legale; anche la perdita di *chance*, ove si risolva in un'alterazione del complessivo stato di benessere di una persona può essere riconosciuta, oltre autonoma voce di danno, anche come danno alla salute, mentre se ha riflessi *negativi sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato*, può essere riconosciuta quale danno biologico, se trattasi di fatto illecito conseguente, ad esempio, a sinistro stradale, o, se l'evento è imputabile ad una diversa causale, quale danno esistenziale. Anche il danno da perdita di *chance* areddituale, dunque, si inserisce a pieno titolo nell'ambito del danno non patrimoniale trattandosi della lesione di una situazione giuridica inerente valori della persona, tutelati dall'art. 2 della Costituzione⁵⁵. Sono quindi

⁵⁵ Cass., 07-01-2003 n. 16716, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2004, 260. Deve ormai ritenersi principio di diritto che la lesione di valori della persona umana protetti dalla Costituzione, o da leggi speciali, o da norme imperative sui diritti umani, conseguente a fatto illecito, costituisce danno diretto non patrimoniale, risarcibile a norma dell'art. 2059 c.c. con valutazione equitativa, perché il rinvio recettizio di detta norma "ai casi determinati dalla legge" non concerne solo l'ipotesi del danno morale soggettivo

configurabili ipotesi di perdite di *chances*, quali danni non patrimoniali, ma si tratta di ipotesi meno frequenti e, nella maggior parte dei casi riconducibili alla responsabilità professionale medica in tema di *perte de chance de survivre*⁵⁶. Si ricordi, a tal proposito, la sentenza del Tribunale di Monza secondo cui «l'errore di diagnosi e terapia che abbia impedito al paziente, affetto da melanoma, di godere di una probabilità del 30 % di sopravvivere per ulteriori cinque anni, obbliga il medico al risarcimento del danno morale subito dalla vittima, trasmissibile iure ereditario, del danno morale risentito... dai congiunti per la morte anticipata del familiare, nonché del danno patrimoniale corrispondente alla perdita di sopravvivenza»⁵⁷. Inoltre, secondo autorevole dottrina in campo medico ogni qual volta si ha un peggioramento dello stato di salute del paziente è certa la non riuscita dell'intervento, ciò che non è certo è l'apporto causale, ovvero non è certo che l'errato intervento abbia determinato un peggioramento dello stato di salute del paziente perciò non è possibile parlare di *chance* come possibilità di conseguire un risultato utile, bensì si deve guardare alla condotta tenuta dal medico proprio perché è il medico stesso che determina il danno all'origine con la sua condotta, pertanto in questi casi bisogna indagare sulla diligenza richiesta per il tipo di intervento, ovvero si compie un'indagine volta ad accertare se il danno poteva essere evitato usando l'ordinaria diligenza, oppure esistevano situazioni di rischio oggettive, connesso con il tipo di intervento eseguito, tali da giustificare un rischio di peggioramento, pertanto in questi termini la *chance* assume il significato di possibilità di evitare il danno e diviene uno strumento utile per valutare proprio la condotta del medico e

derivato da reato.

⁵⁶ Per una più completa analisi dell'istituto si veda M. MEMETAU, *Perte de chance en droit medical français*, Paris, 1986

⁵⁷ Trib. Monza 30-01-1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 696.

conseguentemente il pregiudizio subito dal paziente, ovvero se lo stesso poteva essere evitato proprio perché al paziente non si è preclusa la possibilità di conseguire un risultato utile quanto la possibilità di evitare un danno⁵⁸.

In ambito societario acquisisce rilevanza l'ipotesi di perdita di *chance* dei soci e dei creditori di S.p.A. a seguito dell'illegittima attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*

La direzione e il coordinamento sono considerate una attività, cioè una sequenza di atti ripetuti nel tempo, e non possono dunque essere espressi in un semplice atto.

L'art. 2497 indica come soggetti responsabili "società" ed "enti", escludendo quindi le persone fisiche da direzione e coordinamento. Tuttavia, con le società e gli enti che esercitano l'attività considerata sono responsabili in solido "coloro" (quindi, anche le persone fisiche) che abbiano partecipato al fatto lesivo e coloro che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio (questi ultimi solo nei limiti del vantaggio conseguito), coloro che esercitino il controllo delle società assoggettate e coloro che esercitino l'attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto o di clausole statutarie, *ex art. 2497 septies*.

In questo quadro di disposizioni la società assoggettata alla direzione e al coordinamento riveste una funzione passiva, in quanto, pur subendo il danno, non è menzionata né tra i soggetti responsabili, né tra i soggetti tutelati, che sono per l'appunto i suoi soci o i suoi creditori sociali. Tuttavia, le sue "decisioni" influenzate dall'attività di direzione e coordinamento devono essere adeguatamente motivate quanto alle ragioni e agli interessi che hanno inciso sulla decisione. La violazione di questa disposizione sembra collocare anche la società assoggettata alla responsabilità nei confronti di soci e di

⁵⁸ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1945, 445.

creditori sociali (ex art. 2497 ter). Alla società assoggettata si attribuisce però anche una funzione attiva, che consiste nell'eliminare il danno risentito dai propri soci e creditori.

La rassegna dei soggetti responsabili non finisce qui. Scandagliando il testo delle disposizioni in esame, appaiono altresì responsabili per i danni derivanti dalla direzione e coordinamento:

- a) gli amministratori della società e o dell'ente che svolgono questa attività, se hanno preso parte al fatto lesivo;
- b) e così pure gli amministratori della società assoggettata, sempre ai sensi dell'art. 2497 c.2; in quest'ultimo caso si tratta di un'ipotesi di responsabilità aggiuntiva a quelle previste nei confronti dei soci (ex art. 2393 bis) e dei creditori sociali (ex art. 2394 bis).

Siamo dunque in presenza di una fattispecie di responsabilità analiticamente individuata, con la previsione di alcuni requisiti essenziali. Pertanto, si tratta di un regime speciale di responsabilità – o, come talvolta si dice – di una “responsabilità speciale”. Ci si può chiedere se una previsione del tutto nuova nel panorama delle ipotesi di responsabilità delle società e degli enti, e per di più così analitica, non ammetta, per le medesime ragioni, altre ipotesi di responsabilità, e quindi escluda il ricorso alla regola generale di responsabilità prevista dall'art. 2043, quando non ricorrano i requisiti specificamente elencati, ovvero se il ricorso alla regola generale sia ammesso.

Se il legislatore avesse considerato questa come una ipotesi eccezionale di responsabilità ne avrebbe segnalato l'eccezionalità mediante determinate formule del tipo: “nel solo caso...”, “esclusivamente”, ecc. Così non è stato.

Occorre pertanto fare ricorso alla sua collocazione sistematica per poter completare la fattispecie. Poiché legittimati ad agire sono i soci e i creditori della società assoggettata a direzione e coordinamento, i quali nessun rapporto

hanno con la società o l'ente che esercitano tale attività, non vi possono essere dubbi sulla natura, che è extracontrattuale.

L'articolo in esame stabilisce che i soggetti da esso menzionati sono *direttamente* responsabili nei confronti dei soci e dei creditori sociali.

La formula sembra indicare che i soggetti menzionati rispondono in proprio, per l'effetto dell'attività esercitata. Tuttavia va precisato che tante volte il legislatore usa l'espressione "risponde", "è responsabile" e simili, intendendo alludere ad una responsabilità oggettiva. Anche nel caso in esame si tratta di una responsabilità oggettiva, nel senso che è svincolata dalla prova della colpa. In nessun caso si può aggiungere ai requisiti fissati dal legislatore un ulteriore requisito consistente nell'abuso di potere della società o dell'ente che esercitano l'attività di direzione e coordinamento: l'abuso può essere un modo di configurare l'operare di questi soggetti, ma certo non entra a far parte della fattispecie.

Vi è però una specificazione inerente la modalità in cui si esercita l'attività: occorre che oggettivamente i soggetti considerati agiscano nell'interesse sociale proprio o altrui e che l'azione non sia conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Il testo dell'art. 2497 non fa riferimento ai conflitti d'interessi tra la società o l'ente che svolgono l'attività di direzione e coordinamento e la società assoggettata. Ma il conflitto è implicito se gli interessi sono <<altrui>>. Si può ragionare in termini di interesse sociale o di gruppo. E la prova che i soggetti considerati abbiano agito nell'interesse altrui spetta ai danneggiati; così come la prova che quei soggetti abbiano agito in difformità dalla corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Sui soggetti legittimati grava anche l'onere della prova del nesso causale e del pregiudizio risentito. Il nesso causale è correlato, per il socio, alla redditività e al valore della partecipazione sociale; per il creditore, alla lesione dell'integrità

del patrimonio della società assoggettata. Il danno consiste dunque in queste due ipotesi: in entrambi i casi si tratta di danno riflesso, perché, per il socio, la diminuzione di redditività e di valore della partecipazione implicano un danno al proprio patrimonio; per il creditore la lesione dell'integrità del patrimonio della società debitrice implica una perdita di *chance*, in quanto eventuali azioni per la soddisfazione del credito sarebbero pregiudicate dalla diminuzione del patrimonio della società debitrice derivante dalle operazioni connesse con l'attività di direzione e coordinamento.

Danno al patrimonio e danno da *chance* sono figure che nella responsabilità extracontrattuale di diritto comune portano ancora qualche problema, ma nel caso di regime speciale di responsabilità quale è quello che ci occupa non possono essere poste in discussione. La prova consiste pertanto nell'esistenza del danno specificamente qualificato nei termini indicati dall'art. 2497. In entrambi i casi si tratta di lesione di *diritti*, non di semplici interessi⁵⁹.

8. Il cammino della giurisprudenza verso l'espansione della sfera di risarcibilità della perdita di *chance* rappresenta un passo significativo. Si è assistito, negli ultimi anni, ad un vivace dibattito dottrinario teso a individuare presupposti e limiti della tutelabilità della perdita della possibilità di conseguire un risultato utile. Superata la posizione di chi riteneva che la mera possibilità di conseguire un risultato utile presentasse solo un valore sociale, magari anche notevole, ma non un valore di mercato⁶⁰, il dibattito si è snodato, in prima battuta, attraverso un passaggio essenziale: la perdita di *chance* vista come lucro cessante, con conseguente applicazione dei rigidi limiti di causalità

⁵⁹ G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 codice civile*, tratto dal convegno su "La riforma del diritto delle società di capitali: prime esperienze applicative", Firenze, 22-23 ottobre 2004

⁶⁰ G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 111.

ritagliati dall'art. 1223 c.c.. In questi termini, la perdita dell'occasione favorevole troverebbe rilievo solo ove sia raggiunta la certezza che il fatto lesivo abbia impedito al danneggiato di esercitare utilmente una facoltà che con ragionevole certezza avrebbe esercitato ricavandone un certo o probabile vantaggio patrimoniale. Lo scenario giurisprudenziale risentiva della diffusa preoccupazione di evitare un eccessivo ampliamento dell'area del danno risarcibile. In buona sostanza, anche in tema di perdita di una *chance* il principio di causalità costituiva il crivello per selezionare gli interessi meritevoli di protezione risarcitoria. Questa impostazione è stata sottoposta ad un'attenta revisione critica, anche sulla scorta delle esperienze maturate in altri ordinamenti. La dottrina ha sottolineato come la *chance* rappresenti una posizione soggettiva del tutto distinta ed autonoma rispetto all'utilità finale conseguibile a seguito della realizzazione della *chance*. In altre parole, la perdita di una *chance* è normalmente un danno presente, quindi *danno emergente e non lucro cessante*, suscettibile di autonoma valutazione economica. La giurisprudenza, dal canto suo, ha proposto costantemente modelli di espansione della sfera di tutelabilità di situazioni soggettive riconducibili alla lesione di una *chance* attraverso un progressivo superamento della precedente impostazione secondo cui mancando, in tale ipotesi, il requisito della certezza del danno voluto dall'art. 1223 c.c., non poteva darsi ingresso ad una tutela risarcitoria. Si è affermata, in un primo momento, pur senza una piena consapevolezza dei termini del problema, la risarcibilità della lesione di posizioni soggettive suscettibili di produrre un *probabile* risultato utile. Da ultimo, la giurisprudenza di legittimità si è misurata con questa nuova prospettiva con approccio incisivo e immediato: la Suprema Corte ha sottolineato come la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile si risolve in una "lesione del diritto all'integrità del proprio patrimonio, un danno

certo (anche se non tale nel suo ammontare) consistente non in un lucro cessante bensì nel danno emergente da perdita di una possibilità attuale, e non di un futuro risultato..., la *chance* è anch'essa un bene patrimoniale, un'entità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile tanto che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni⁶¹. Ecco dunque che il « capovolgimento concettuale » auspicato da parte della dottrina è divenuto così diritto vivente attraverso un radicale mutamento dell'asse su cui oggi poggia la risarcibilità della perdita di una *chance*: in definitiva, la circostanza che la situazione lesa sia idonea a produrre soltanto *un possibile (e non certo)* risultato utile incide esclusivamente sul *quantum* del risarcimento, ma non può far sorgere eventuali dubbi circa la sussistenza del diritto alla tutela risarcitoria.

⁶¹ Cass. 19-12-1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 383.