

GIUSEPPE CRICENTI

La perdita di chance come diminutivo astratto*. Il caso della responsabilità medica**.

INDICE

1. Gli scopi del concetto di “chance” secondo la prassi. L’uso della chance in sostituzione di altri concetti. 2. La chance perduta di guarigione. L’espedito di sostituire il danno effettivo con la perdita di chance. 3. Chance e nesso di causalità in alcune decisioni straniere, ed il corretto uso della probabilità. 4. La chance e la regola del “tutto o niente”. 5. Il “tutto o niente” in alcuni ordinamenti, e le proposte di temperamento. 6. La giurisprudenza italiana l’espedito della chance in ambito causale. La sostituzione del danno con un diminutivo astratto. 7. Un giurisprudenza fallace.

1. *Gli scopi del concetto di “chance” secondo la prassi. L’uso della chance in sostituzione di altri concetti.*

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

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

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

In queste ipotesi, come nelle altre sperimentate dalla prassi ¹c’è una questione

* Il termine “diminutivo astratto”, di cui si farà ulteriormente uso nel testo, è preso dalla tradizione francese, dove, proprio con riferimento alla chance, è utilizzato per la prima volta dall’avvocato generale Th. Werquin nelle sue conclusioni alla causa decisa da Cass. (ch. reun.) 1.4.2004, in Pas, 2004, p. 527. Una lettura incolta e superficiale può indurre a ritenere il termine “diminutivo astratto” come inesistente grammaticalmente o come inventato dall’autore di questo scritto. Ne parla, per farne un paragone con il diminutivo analitico, JUFRAKY, *Universal Tendencies in the Semantics of the Diminutive*, in *Language: Journ. of the Ling. Soc. of America*, (72), 1996, pp. 533-5378 a p. 537, dove è illustrata la generalizzazione prodotta dai meccanismi di cambiamento semantico.

cruciale e dubbia, vale a dire su quale elemento della fattispecie verta l'incertezza². Da un lato, si può dire che in questi esempi è incerto il nesso di

** Per approfondimenti delle questioni qui trattate si rimanda a G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019.

¹ Sono trattati come perdita di chance i casi in cui al lavoratore viene meno l'occasione di stabilizzare il suo rapporto di lavoro (Cass. Sez. un. 15.3.2016, n. 5072), o di progredire in carriera (Cass. 1.3.2016, n. 4014; Cass. Sez. un. 29.3.2013, n. 21678) a causa di un comportamento illecito o di un inadempimento del datore di lavoro. Anche la perdita dell'occasione di guadagnare di più, se il legislatore avesse attuato per tempo una direttiva comunitaria, è considerata perdita di una chance (Cass. 12.2.2015, n. 2737 in tema di diritto dei medici specializzandi ad una remunerazione durante il periodo di specializzazione. Il legislatore italiano, non avendo attuato per tempo la Direttiva comunitaria che ha previsto la remunerazione, avrebbe secondo la giurisprudenza fatto perdere al medico specializzando la chance di un incremento patrimoniale corrispondente).

Alla stessa stregua è trattato il danno provocato da una concorrenza sleale quando abbia comportato perdita di occasioni favorevoli (Cass. 18.5.2012, n. 7927). Ed ancora: la perdita delle probabilità di vincere un concorso, o una competizione sportiva (Cass. 18.5.2012, n. 7927).

²) Mi limito qui a segnalare alcuni degli studi italiani, ma senza pretesa di completezza: Cfr.: F.D. Busnelli, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in Foro it., 1965, IV, p. 47 ss.; M. Bocchiola, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, p. 55 s.; A.M. Princigalli, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 315 s.; A. De Cupis, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in Giur. it., 1986, I, 1, p. 1181 s.; V. Zeno Zencovich, *Il danno per la perdita della possibilità di un'utilità futura*, in Foro it., 1986, I, p. 384 s.; A. Pontecorvo, *La responsabilità per perdita di chances*, in Giust. civ., 1997, p. 447; N. Monticelli, *Responsabilità vile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in Nuov. giur. civ. comm., 2003, p. 873 s.; C. Severi, *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in Resp. civ. prev., 2003, p. 339 s.; M. Feola, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, p. 58 s.; M.F. Lo Moro Biglia, *Il risarcimento della chance frustrata: un itinerario incrementale*, Napoli 2006; C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chances, danni punitivi, danno ed. esistenziale*, in Europa e diritto privato, 2008, p. 325 s. e *Vaga culpa in contrahendo*:

causalità: non sappiamo con certezza se il decesso del paziente è avvenuto per causa del medico, così come non sappiamo con certezza se la negligenza dell'avvocato ha inciso o se la causa sarebbe stata comunque persa, e se il ferimento dell'animale da parte dell'automobilista ha determinato la perdita al gioco dello scommettitore, oppure se quest'ultimo avrebbe comunque perso. Questo modo di vedere il problema fa della chance una questione di incertezza del nesso casuale. Con una conseguenza di rilievo: scegliere di risarcire la chance significherebbe allora riconoscere il nesso di causalità anche se incerto, o meglio, soltanto probabile.

Si può invece invece analizzare quei casi in modo diverso e dire che l'incertezza non riguarda affatto il nesso di causalità, ma il danno. A ben vedere, l'impostazione più corretta presuppone risolto il problema causale, e fa della chance solo una questione di incertezza del pregiudizio. Così, ad esempio, è certo che l'automobilista ha ferito il cavallo (nesso di causalità), piuttosto è incerto se l'animale avrebbe comunque vinto la gara, e dunque se il ferimento ha costituito un danno per lo scommettitore; è certo che l'avvocato ha provocato l'inammissibilità dell'appello, depositandolo in ritardo, ma è incerto se la causa sarebbe andata persa comunque, e dunque se la dichiarata inammissibilità abbia costituito un danno per il cliente. Più complessa, come vedremo, la questione della chance in caso di responsabilità medica, dove tutto dipende dalla individuazione di quale sia l'evento dannoso, se il danno concreto (mancata guarigione, morte ecc.) o la perdita di chance di evitarlo.

Cosa cambia nelle due impostazioni? Cambia che nella prima delle due, l'accertamento del nesso di causalità è fatto con i criteri propri della chance. E siccome la chance è una probabilità, in ipotesi anche minima, allora anche il nesso di causalità sarà ritenuto esistente quando è "semplicemente" probabile

invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta, in questa Rivista, 2010, p. 33 s.; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in questa Rivista, 2010, p. 49 s.; E. Gabrielli, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in Giust. civ., 2010, p. 503 e ss.; A. di Majo, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 95 ss.; M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e di un risultato utile*, in Europa e diritto privato, 2011, p. 945 e ss.; A. Nervi, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, in Resp. civ. prev., 2013, p. 671 e ss.

che la condotta abbia causato l'evento. Surrettiziamente, la probabilità del nesso causale sarà quella usata per stabilire se c'è una chance.

Questa impostazione è esplicitamente seguita in caso di responsabilità medica, dove è evidente la sostituzione del danno concreto con un diminutivo astratto costituito dalla perdita di chance.

Quando la colpa del medico ha ridotto l'aspettativa di vita del paziente, la giurisprudenza italiana tende a stabilire che il danno non è la perdita concreta di giorni di vita, ma la probabilità di vivere più a lungo, ossia la perdita della chance; oppure se la colpa del medico è di aver fatto vivere i restanti giorni in condizioni di salute peggiori di come il paziente li avrebbe vissuti se il medico avesse tempestivamente agito, il danno non starebbe nella peggiore qualità della vita di quei giorni, ma nella perdita di probabilità di viverli meglio³.

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

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

Per poter operare questa sostituzione, la giurisprudenza ha bisogno di un'ulteriore soluzione. La perdita di chance non può costituire un danno risarcibile se è intesa come mera probabilità dell'evento dannoso: deve essere essa stessa un danno.

E' per questo che la prassi intende la chance come "un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve tenere conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto"⁴.

La chance non è pertanto una misura del danno finale, ossia una probabilità che tale danno si verifichi; è invece un "bene" esistente nel patrimonio del soggetto al momento dell'atto illecito, e che la condotta del danneggiante distrugge.

³) Ad esempio, Cass. 21.4.2016, n. 8036; Cass. 20.8.2015, n. 16993; Cass. 27.3.2014, n. 7195; Cass. 8.7.2009, n. 16014; Cass. 18.9.2008, n. 23846

⁴) Cass. 25.8.2014, n. 18207; Cass. 12.8.2008, n. 21544; Cass. 15.5.2015, n. 10030.

Intendendo la chance come una situazione attiva, ed autonomamente valutabile, un bene della vita in sé, la prassi può anche concepire la sua perdita come un danno, e sostituirla al danno materiale e concreto.

Questa sostituzione è costante nel caso di danni causati al paziente da colpa medica.

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

Finalità di questa indagine è dimostrare che gli scopi con cui si adotta il concetto di chance, nell'esperienza italiana in particolare, sono per lo più scopi di politica del diritto. La chance serve a consentire il risarcimento quando alcuni elementi della fattispecie, in particolare il nesso di causalità, sono incerti. E serve così a trasformare in certezza la mera probabilità, semplicemente sostituendo un concetto ad un altro. La chance sostituisce l'esigenza di certezza con un'istanza di probabilità sufficiente.

Nei casi in cui la prova del nesso causale è difficile rispetto al danno materiale effettivo (ad esempio prova dell'aggravamento della malattia per colpa del medico), quest'ultimo evento è sostituito con la chance, così che la prova del nesso, pur restando immutato il criterio, è più vantaggiosa.

2. La chance perduta di guarigione. L'espediente di sostituire il danno effettivo con la perdita di chance.

Nei casi in cui si lamenta la perdita di una chance di guarigione, il danno è in astratto riferibile al concorso di due cause possibili, il decorso naturale della malattia e la condotta del medico. Non sempre è facile stabilire quale delle due

cause è effettivamente all'origine del danno. Ed è per questo che spesso il problema del danno al paziente è considerato come una questione di causalità alternativa, e viene risolto in ambito probatorio⁵.

E' un ambito in cui, di certo, si può dire che il paradigma della responsabilità manifesta alcune caratteristiche di rilievo. La prima è che c'è un danno materiale effettivo, che non è la mera perdita di una probabilità.

Il danno per il paziente che non guarisce da una lesione all'arto, per via anche della colpa del sanitario, è non già nella perdita della probabilità di guarigione, ma nella malattia stessa, nella invalidità che rimane per non essere guariti. Il paziente che, a causa di un cancro, decede perché non adeguatamente curato, subisce un danno consistente nella perdita della vita e non già nella perdita della probabilità di guarire.

E' questo un aspetto importante, per capire la natura di espediente della perdita di chance.

L'*escamotage* di fare astrazione del danno concreto (la morte o l'aggravamento della malattia), e di sostituirlo con un diminutivo astratto, (la perdita di chance)⁶ ha esiti di rilievo, anche se non sempre se ne mostra consapevolezza.

Innanzitutto, cambia l'evento da collegare causalmente alla colpa medica, e dunque cambia l'accertamento del nesso di causalità. Altro è dire che l'evento causato dalla colpa è l'aggravamento della malattia (o la morte) altro è dire che l'evento è la perdita di chance di guarire, e ciò già solo per un motivo che appare intuibile. Se, infatti, l'evento è costituito dalla perdita materiale (l'aggravamento della malattia o la morte, ad esempio), la causalità è questione di concorso di due cause, la malattia e la colpa del medico, in quanto entrambe contribuiscono all'esito finale, e si tratta quindi di capire in che misura la colpa del medico abbia influito. Se invece, come evento, si considera la perdita della probabilità di guarigione, allora tale evento non può che essere attribuibile solo al medico, e la causalità non sarà più una questione di concorso di cause, e di misura di incidenza dell'una o dell'altra.

Questo esito è particolarmente evidente nella giurisprudenza italiana, che espressamente, come vedremo, indica come evento rispetto al quale valutare l'efficienza causale della condotta proprio la perdita di chance, anziché il

⁵) Su questo tema L. WYSS, *Kausalität unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität*, in 93 Rev. Suisse de jur., 1997, p 313 e ss. in particolare p. 319.

⁶) Espediente chiaramente messo in luce da J. VINEY e P. JOURDAIN, *Traité de la responsabilité civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, 2^e, 1998, p 199.

danno effettivo.
Occorrono allora alcune premesse.

3. *Chance e nesso di causalità in alcune decisioni straniere, ed il corretto uso della probabilità.*

La chance è, per definizione, aleatoria e niente indica che, se l'avvenimento che ha privato la vittima della probabilità non si fosse realizzato, il guadagno sperato si sarebbe verificato. Da qui la tentazione di confondere questa alea, intrinseca al pregiudizio, con l'incertezza propria del nesso causale.

E' per questo che gli autori francesi distinguono tra "vera" teoria della chance, ossia quella che non è vittima di tale confusione e "falsa" teoria della chance, ossia quella che, a torto, riferisce la teoria della chance al dominio della causalità⁷.

Ragioni diverse sono addotte a spiegazione della confusione tra l'alea intrinseca al pregiudizio nella chance e l'incertezza propria del nesso causale.

Tendenzialmente, il ricorso alla chance nei casi di responsabilità medica è una soluzione di politica del diritto per risarcire comunque il paziente, in casi in cui l'applicazione corretta dei criteri di accertamento del nesso causale condurrebbe ad esiti negativi⁸, anche in considerazione del fatto che la prova, difficile, di tale nesso, grava sul paziente, che, come si usa dire, è anche meno "vicino" ai fatti da dimostrare⁹.

A partire da una decisione di merito¹⁰ successive sentenze hanno riconosciuto il risarcimento per perdita di chance in una maniera che la dottrina ha contrastato¹¹, denunciando lo sviamento dalla nozione abituale di perdita di

⁷) F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in Resp. civ. prev., 1996, p. 227 e ss.; G. VINEY- P. JOURDAIN, *Traité de droit civile. Le conditions de la responsabilité*, Paris, 1998, p. 72 e ss.; ma in particolare le brillanti critiche di R. SAVATIER, *Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin*, in Dalloz, 1967, chron., n. 66.

⁸) Ad esempio, G. NICOLAS, *La responsabilité médicale*, Paris, 1997, p. 49 e ss.

⁹) F. CHABAS, *Vers un changement de nature de l'obligation médicale*, in Dalloz, 1973, doc., p. 2541 e ss.

¹⁰) App. Grenoble 24.10.1962, in Rev. trim. droit civ., 1963, p. 334 con nota di A. Tunc. In seguito Cass. civ., 18.3.1969, in Dalloz, 1970, somm., p. 70.

¹¹) In particolare F. CHABAS, *op. ult. cit.*, p. 2541 e ss. e, anche dall'estero, W. MÜLLER-

chance, che viene utilizzata per pronunciare una condanna parziale in ipotesi in cui la linea di causalità tra la colpa medica ed il danno subito non può essere stabilita con certezza, così confondendo, come è stato sottolineato, il grado di chance perduta con il grado del dubbio sulla causalità¹².

Detto anche in altri termini, questo approccio confonde lo stadio dell'accertamento dei fatti, dove interviene la valutazione di probabilità, con quello dell'applicazione, ai fatti così accertati, della regola di diritto¹³. I giudici confonderebbero tra "avere 70% di probabilità di essere responsabile" con "essere responsabile al 70%".

Anche negli Stati Uniti, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha denunciato una erosione dei principi della responsabilità civile come argomento contro la teoria della chance perduta¹⁴, e si contano opinioni¹⁵ contrarie alla teoria della chance proprio per lo snaturamento che essa produce del nesso di causalità¹⁶.

STOY, *Schadenersatz for verlorene Chancen*, Freiburg, 1973, p. 17 e ss.

¹²) Efficaci rilievi in R. SAVATIER, op. ult. cit.,: "*una causalité douteuse permettant de fonder une responsabilité partielle, il y a tout lieu de craindre que le juge n'en vienne à confondre le degré de la prétendue chance perdue avec le degré de son doute propre sur la causalité*".

¹³) P. LE TOURNEAU- P. CADIET, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, 2000, n. 1775.

¹⁴) Il giudice STATON, nella sua opinione dissenziente in *Mayhue v. Sparkman*, 627 N.E. 2d 1354 (Ind. 1995), utilizza questo argomento. Se un paziente ha una probabilità del 40% di sopravvivere e la colpa del medico, che lo visita, riduce questa percentuale al 10%, vuol dire che la negligenza del medico ha privato il paziente del 30% di probabilità di sopravvivere. Se il paziente muore, la causa probabile del suo decesso è la malattia preesistente: è improbabile che la negligenza abbia causato la morte. Riconoscere in questo caso un risarcimento per la perdita di quel 30% di probabilità vuol dire farlo indipendentemente dalla questione causale, ossia dalla questione del se la negligenza abbia determinato in qualche modo la morte.

¹⁵) S F. BRENNWALD, *Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases A Proportional Approach*, in 34 *Catholic Univ. Law Rev.*, 1985, p. 747 e ss. in particolare p. 749; P.L. ANDEL, *Medical Malpractice: The Right to Recover for the Loss of Chance of Survival*, in 12 *Pepperdine Law Rev.*, 1985, p. 973 e ss. in particolare p. 982.

¹⁶) Esplicita in questo senso la Corte Suprema della Florida in *Gooding v. University Hospital Building, Inc.* 445 So. 2d 1015 (Fla 1984). Nella sua opinione dissenziente in *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W. 2d 44, 65 (Mich. 1990) RILEY sottolinea che la teoria della chance non semplicemente abbassa la soglia di prova del nesso di causalità quanto piuttosto altera il significato della causalità poiché è fondata sul ragionamento per cui, se non ci fosse stata la negligenza del medico *probabilmente* il paziente avrebbe evitato un risultato avverso. Così che riconoscere la perdita di chance quale interesse risarcibile equivale a contraddire la causalità in fatto.

Un ragazzino di 13 anni si ferisce ad una gamba dopo essere caduto da un albero. In ospedale fanno una radiografia dell'arto, e stabiliscono che non c'è alcuna frattura. L'arto viene semplicemente bendato, ed il ragazzino dimesso. Ma i dolori aumentano, e viene disposto, dopo cinque giorni, un nuovo ricovero durante il quale viene invece accertata e trattata la frattura. Il ragazzino viene dimesso solo dopo le cure, ma conserva una necrosi vascolare al femore ed una ridotta mobilità¹⁷.

Nel giudizio si accerta che, *anche se i medici avessero diagnosticato tempestivamente la frattura*, il ragazzino avrebbe avuto comunque un 75% di probabilità di rimanere leso.

In primo e secondo grado si assume per conseguenza che il ragazzino aveva il 25% di probabilità di guarire se l'intervento fosse stato corretto, e dunque la colpa del medico lo ha privato di tale probabilità¹⁸. Ragionamento assai simile a quello delle nostre corti, dove il danno è nella perdita di quella chance, piuttosto che nel pregiudizio concreto alla salute.

Ed invece la *House of Lords* ne fa giustamente una questione causale e ritiene che, bilanciando le diverse ipotesi, è più probabile che no che la vera causa della necrosi sia stata la caduta (75%) piuttosto che la colpa del medico (25%). Questo criterio potrà apparire indesiderabile per alcuni versi. Ed i commentatori si sono, almeno in parte, preoccupati del fatto che se il medico ha tolto al paziente solo il 49% delle probabilità di guarire (nel senso che al 51% sarebbe comunque rimasta l'invalidità), egli, per la regola del "tutto o niente", su cui ci soffermeremo meglio in seguito, non ha diritto ad alcun risarcimento¹⁹. Ma, al di là di tale insoddisfazione, che vale sul piano della politica del diritto, e che come vedremo condiziona poi alcune soluzioni, l'impostazione data al caso dalla *House of Lords* è corretta e significativa per il nostro sistema.

Tra l'altro, come ha sottolineato elegantemente un chiaro autore, il paziente qui non aveva una vera chance (e non tanto per ragioni numeriche), ma aveva una chance *puramente statistica*, senza pertinenza con la fattispecie²⁰. A conferma cioè di quanto si è detto, che la probabilità di

¹⁷) *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) 2 All E.R. 909 (HL)

¹⁸) (1985) 3 All E.R. 167 (QBD)

¹⁹) Ad esempio M.A. JONES, *Textbook on Torts*, London, 1998, p. 222

²⁰) T. WEIR, *Loss of a Chance- Compensable in Tort? The Common Law*, in O. Guilloid (a cura di), *Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich, 1991, p. 122 e ss. il quale sottolinea che altrimenti la perdita di chance altro non è che la perdita di

guarigione non è un dato che preesiste alla condotta del medico e che possa stimarsi sulla base di statistiche già pronte senza tenere conto dell'efficienza causale della condotta in quel caso concreto.

Ma assai più significativa è la situazione francese, dove è incontestabile²¹ che la nozione di “perdita di chance di guarigione” è messa a profitto dalla giurisprudenza allo scopo di permettere una riparazione parziale in ipotesi in cui la colpa medica e il danno subito dal paziente non possano essere stabiliti con certezza. Per evitare di rifiutare ogni indennizzo, i tribunali fanno astrazione del danno concreto (ossia il decesso o l'aggravamento del paziente) la cui linea di causalità con la colpa non è certa, e lo sostituiscono con un diminutivo astratto (perdita di chance di sopravvivere o di guarire) che è per ipotesi legato alla colpa medica in ragione del pericolo al quale la condotta ha esposto il paziente.

Si ammette dunque che si tratta di un artificio inventato allo scopo di eludere l'ostacolo che l'esigenza di una causalità certa è suscettibile di opporre a certe richieste di risarcimento²².

E' vero che in gran parte questo orientamento è approvato, ma è chiarissimo che è esattamente inteso come una soluzione di politica del diritto che, a costo di consentire un risarcimento alla vittima, snatura l'accertamento del nesso causale attraverso la nozione di chance.

E' stato giustamente notato²³ che l'espedito consiste nel prendere in considerazione non già il danno effettivamente subito (o, diremmo, il danno finale), bensì la perdita di chance rispetto a quell'evento, la quale presenta con la colpa un legame causale più facile.

L'uso è voluto, onde evitare gli effetti rigorosi della regola del “tutto o niente”.

4. *La chance e la regola del “tutto o niente”.*

Il diritto della responsabilità civile segue tendenzialmente la regola del “tutto o niente”. Se il danneggiato prova il nesso causale ottiene il risarcimento per intero, se non lo prova non ottiene alcunché.

causa.

²¹) Per usare le stesse espressioni di G. VINEY e P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, cit., p.198.

²²) G. VINEY e P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, cit., p 199.

²³) L. REISS, *Le juge et le préjudice: étude comparée des droits français et anglais*, Aix-Marseille, 2003, p. 227-228

In sostanza, anche se il giudice ha margini di apprezzamento della probabilità del nesso causale, e dunque arriva a ritenere, ad esempio, come probabile l'esistenza di tale nesso (o meglio, più probabile che no), non può, dal fatto di avere ritenuto più probabile, anziché certo, il nesso causale, condannare il responsabile ad una parte del danno intero, secondo il suo giudizio di probabilità, anziché a tutto.

La regola del "tutto o niente" è, infatti, combinata con quella specificamente prevista per il nesso di causalità, per provare il quale occorre dimostrare che "è più probabile che no" che la condotta del danneggiante abbia causato l'evento di danno. In alcuni ordinamenti questa regola si traduce nell'onere di provare che la condotta del danneggiato ha causato il danno con più del 50% di probabilità²⁴, in altri ordinamenti con la probabilità che ciascun sistema ritiene sufficiente ad affermare il nesso.

²⁴) Nel sistema nordamericano sembra ricorrente il criterio del 50% più uno, v. infatti J. KING jr., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in 90 Yale Law Journ., 1981, p. 1353, in particolare p. 1376. Tra le eccezioni c'è qualche decisione che, nei «mass torts», attribuisce il risarcimento secondo la quota di mercato dei vari convenuti. Si veda, ad es., il discusso *Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P.2d 924 (1980), che ha ripartito il risarcimento tra undici industrie che producevano il farmaco dietilstilbestero (Des), creato per prevenire gli aborti spontanei ma che, oltre a essere piuttosto inefficace, aumentava il rischio di tumori per i nascituri. Il caso è trattato in modo approfondito, tra gli altri, da G.O. ROBINSON, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the Des Cases*, in «Virginia Law Review», 68, 1982, pp. 713-769; J.J. THOMSON, *Remarks on Causation and Liability*, in Thomson e Parent, *Rights, Restitution and Risk, Essay in Moral Theory*, Cambridge Mass., 1986, pp. 192-224. Molti ritengono intuitivamente corretto imputare l'80% del risarcimento al convenuto A, che possiede l'80% del mercato, e il 20% al convenuto B, che ne possiede il 20%, per lo meno in una causa intentata da 1.000 ricorrenti distribuiti in modo equo a livello geografico. Stranamente, questa intuizione sembra non valere quando a fare causa è un singolo soggetto contro il singolo convenuto A, al quale si richiede l'80% dei danni. Taluni sono favorevoli all'allineare maggiormente il sistema giuridico ai criteri del valore atteso. Cfr. M. ABRAMOWICZ, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, in «California Law Review», 89, 2001, pp. 231-314; J. E. COONS, *Approaches to Court Imposed Compromise: The Uses of Doubt and Reason*, in «Northwestern University Law Review», 58, 1964, j pp. 750-793; ID., *Compromise and Precise Justice*, in «California Law Review», 68, 1980, pp. 250-273; D. ROSEMBERG, *The Casual Connection in Mass Exposure Cases: A «Public Law» Vision of the Tort System*, in «Harvard Law Review», 97, 1984, pp. 849-929; ID., *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Dont*, in «Harvard Journal on Legislation», 37, 2000, pp. j 393-432; S. SHAVELL, *Uncertainty over Causation and the Determination ai Civil Liability*, in «Journal of Law and Economics», 28, 1985, pp. 587-609.

Così che se il danneggiato dimostra che con una probabilità del 50% più uno è stata la condotta del danneggiante ad aver causato il danno, ottiene il risarcimento dell'intero pregiudizio, ma se invece risulta probabile che il danneggiante abbia causato il danno solo al 49% allora il danneggiato non ottiene alcunché di risarcimento.

Il principio del “tutto o niente” è giustificato con l'argomento per cui un limite rigido è necessario per garantire la certezza del diritto²⁵, ma soprattutto è ritenuto essere una conseguenza logica dell'onere probatorio. O il giudice ritiene il fatto provato o non lo ritiene tale, *tertium non datur*. Conseguentemente, il risarcimento è intero o non è affatto.

Se dunque si ritiene accertato il nesso di causalità sulla base del giudizio di probabilità, e del fatto che, in concreto vi sono, ad esempio, 60% di probabilità che la condotta del convenuto sia causa dell'evento, il nesso è ritenuto esistente ed il risarcimento sarà integrale, e non nella misura del 60% del danno totale. Vale, pare ovvio, l'ipotesi inversa, per cui, emerso che v'è solo una probabilità del 40% che l'evento di danno sia attribuibile al convenuto, il nesso di causalità è escluso del tutto e non al 40%, e di conseguenza anche il risarcimento va negato integralmente.

In sintesi il principio segna il passaggio del giudizio di causalità dal probabile al certo.

Contro questa regola vengono solitamente avanzate alcune critiche.

Si osserva, ad esempio, che appare ingiusto negare il risarcimento alle vittime che non raggiungono quel livello di prova. Anche se si riconosce che il criterio del “tutto o niente” in fondo è obbligato dalla circostanza che una distribuzione proporzionale del danno spesso non funziona, si obietta che comunque la sua incondizionata applicazione induce a ricorrere a generalizzazioni inique.

Particolarmente ingiusta sarebbe, in tal senso, la regola in questione se applicata nei casi di responsabilità medica, dove un paziente che ha “solo” il 40% di probabilità di guarire vede sfumare il risarcimento pur quando tale probabilità sia stata preclusa da un errore del sanitario.

Generalmente questa critica è supportata dall'argomento che tra l'1% ed il 50%, ossia in situazioni che nella maggior parte degli ordinamenti portano a negare il nesso di causalità, un certo rapporto causale esiste effettivamente, e dunque appare ingiusto negare ogni risarcimento negando l'esistenza della

²⁵) Per una critica invece N. JANSEN, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, Tübingen, 1998, p. 140 e ss.

linea eziologica²⁶.

Di certo, l'insoddisfazione è comprensibile sotto un profilo di politica del diritto, per quanti ritengono che, se si ritiene raggiunta una probabilità del 51%²⁷, concedere l'integrale risarcimento significa sovraindennizzare la vittima, e viceversa²⁸.

E' proprio questa insoddisfazione a generare l'espedito di cui abbiamo discusso in precedenza, ossia la tendenza a fare astrazione dal danno effettivo (la morte, ad esempio, del paziente), sostituendolo con un diminutivo astratto (la perdita di chance di sopravvivere).

Poiché, si dice, è regola pacifica che il danneggiato va indennizzato integralmente, è dalla valutazione del danno effettivamente subito che occorre partire per stabilire l'ammontare del risarcimento. E fin qui, si conviene.

Se non che il danno da cui la prassi parte non è affatto quello effettivo (l'aggravarsi della malattia), ma, per l'appunto, il suo sostituto astratto (la perdita di chance). Ed infatti, operando quella sostituzione, si dice che se un paziente ha perso una chance di guarigione del 60,70 o 80%, per colpa del medico, è risarcito per il totale del suo danno, mentre il paziente che ha perduto la chance di guarire del 20,30,40% non è risarcito affatto. Questo esito lascia taluni insoddisfatti²⁹.

A parte le questioni sulla legittimità della sostituzione del danno con il suo astratto diminutivo, di cui si dirà ulteriormente in seguito, viene facile obiettare che la riparazione integrale del danno presuppone che quest'ultimo sia attribuibile, per nesso di causa, al convenuto. Ed è proprio questo nesso che non dipende dalla percentuale che il paziente aveva di sopravvivere, ma dalla percentuale con cui si può dire che il medico gliela ha tolta.

Alcune decisioni americane lo confermano. Insoddisfatte degli esiti del principio, alcune corti hanno introdotto un criterio alternativo a quello del *probability test*, propendendo per la regola della *substantial possibility* o della

²⁶) Esplicitamente S. MIRANDOLA, *Lost Chances, Cause-in-Fact, and Rationality in Medical Negligence*, in 502 Univ. of Toronto Law Rev., 1992, p. 258 e ss., in particolare p. 274.

²⁷) Ma ovviamente si tratta di un parametro utilizzato a titolo di esempio, ogni ordinamento potendo ritenere superata la soglia del probabile con percentuali diverse.

²⁸) Cfr. l'opinione espressa dal giudice DONALDSON in *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) 1 All E.R. 210 (CA).

²⁹) Affermazione che si può leggere in *James v. United States*, 483 F. Supp. 581,587 (N.D. Cal. 1980).

significant chance. Questi criteri indicano che “se c’era una sostanziale possibilità di sopravvivenza ed il convenuto l’ha distrutta, egli ne è responsabile”³⁰.

Si capisce, anche qui altrettanto agevolmente, che la chance è usata per accertare, meglio provare, il nesso di causalità. O meglio, le corti autorizzano l’attore a dimostrare che aveva una chance di guarire, la cui probabilità vale anche come probabilità del nesso causale³¹.

Alcuni critici hanno una posizione più dubitativa. Essi escludono che la legge debba sempre e comunque aiutare il danneggiato nella prova del nesso causale, anche perché ciò lederebbe l’interesse opposto del danneggiante a rispondere dei danni solo quando il nesso di causalità è pienamente provato. Piuttosto, osservano, occorrerebbe una regola che contemperasse l’interesse del danneggiato ad un ristoro del danno comunque subito e quello del danneggiante ad essere tenuto indenne in caso di dubbio, e questa regola è nella perdita di chance. Se, in pratica, anziché domandarsi se c’è un nesso causale (al 50% più uno) tra la condotta e l’evento finale, ci si domanda se tale nesso esiste tra la condotta e la perdita di una probabilità di evitare l’evento finale, allora la risposta diventa affermativa³².

³⁰) Così, testualmente *Hicks v. United States*, 368 F.2d. 626,632 (4° circuito, 1966), che si assume essere il *leading case*, seguito poi da *Thornton v. Camc*, 305 S.E. 2d 316,318 (Corte Appello Virginia 1983) e da *Aasheim v. Humberger*, 695 P.2d 824, 828 (Mont. 1985).

³¹) L’operazione è chiaramente smascherata dalla Corte Suprema della Florida nel già citato *Gooding v. Universal Hospital Building Inc.*, 445 SO.2d 1015, 1019 e ss (Fla 1984). Dà conto delle critiche rivolte a tale orientamento K.J. WILLGING, *A National Approach to Loss-of-Chance- Actions*, in 9 Journ of Cont. Health Law and Pol., 1993, p. 545 e ss. in particolare p. 553.

³²) N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in Oxf. Law Journ., 1999, p. 278 il quale peraltro mette alla prova la regola del “tutto o niente” nel seguente caso (p. 272). Tizio soffre un arresto cardiaco. Se fosse immediatamente trattato avrebbe l’80% di probabilità di sopravvivere. Tuttavia, mentre è trasportato in ospedale con l’ambulanza, Caio, un pedone che attraversa negligenzemente la strada, provoca un incidente che comporta 10 minuti di ritardo; il che riduce la probabilità di sopravvivenza di Tizio dall’80 % al 40%. Sfortunatamente a causa di una grave negligenza del medico (Sempronio) Tizio non è trattato immediatamente in ospedale, ma con 10 minuti di ritardo, e ciò porta a zero le sue possibilità di sopravvivenza. Secondo l’Autore in questo caso, la condotta di Caio e Sempronio contribuisce alla morte di Tizio per un 40% . Nessuno dei due sarebbe dunque tenuto a risarcire il danno sulla base della regola del “tutto o niente”.

Egli prende in considerazione i sistemi tedesco e inglese, e ritiene che in entrambi la condotta colpevole del medico, anzi, caratterizzata da colpa grave, in entrambi i sistemi costituirebbe anche una condotta che interrompe il nesso causale innescato da Caio (il passante distratto),

In sostanza, la chance consente di temperare il criterio del “tutto o niente”, in caso di dubbio sul nesso di causalità e di consentire il risarcimento anche nei casi in cui non è raggiunta la prova (*rectius* il grado di prova richiesto) del nesso causale.

Negli ordinamenti in cui questa figura si è affermata, spesso, funge da compensazione dell'incertezza causale. Nei casi in cui non è certo che una condotta ha causato il danno lamentato, anziché dire che è incerto il nesso di causalità, conclusione che probabilmente determinerebbe il rigetto della domanda, si dice che la condotta contestata ha fatto perdere una chance al danneggiato.

La chance dunque può essere la probabilità di un danno (un danno solo probabile) ma anche la probabilità di un nesso causale.

5. Il “tutto o niente” in alcuni ordinamenti, e le proposte di temperamento.

Il diritto tedesco non conosce la figura della perdita di chance in quanto tale. I problemi che tale formula esprime sono risolti nel contesto dell' indennizzo del mancato guadagno³³.

Secondo la regola del § 252 BGB il mancato guadagno può dar luogo a risarcimento solo se la sua realizzazione è provata con verosimiglianza³⁴.

La giurisprudenza è peraltro rigorosa sul grado di verosimiglianza del mancato guadagno così che difficilmente le perdite che sono presentate come chance mancate vengono risarcite, e la giurisprudenza si mostra reticente ad

con la conseguenza che il danno resterebbe privo di ristoro pur se causato da condotte negligenti, e ciò per il modo in cui è inteso nei due sistemi l'accertamento del nesso causale.

La sua proposta è di rimediare all'applicazione rigida di questa regola, riconoscendo al paziente una chance, quale situazione attiva di per sé risarcibile (p. 278 e ss.). Se in sostanza, anziché domandarsi se le condotte del passante e del medico hanno causato, con una probabilità superiore al 50%, la morte, ci si chiede se hanno causato, sempre con probabilità analoga, la perdita della chance di guarire, la risposta cambia e diventa affermativa, così che la chance diventa un espediente per temperare gli effetti della regola del “tutto o niente”.

³³) W.MÜLLER- STOY, *Schadenersatz für verlorene Chancen*, Freiburg, 1973, p. 114.

³⁴) Oltre W. MÜLLER- STOY, *op. ult. cit.*, Anche H. FLEISCHER, *Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Jur. Zeitung*, 1999, p. 768 e ss. Per un'interpretazione della norma in relazione alla perdita di chance v. H. LANGE, *Schadenersatz*, Tübingen, 1990, p. 340 e ss.

indennizzare i guadagni incerti³⁵.

La chance non è dunque una situazione soggettiva autonoma, conta in quanto mancato guadagno ed è soggetta alla rigorosa prova che il § 252 BGB richiede per il risarcimento di quest'ultimo.

Un ulteriore ostacolo al riconoscimento della chance viene dal lato della causalità.

La possibilità che la chance venga utilizzata quale regola causale è in un certo senso impedita dal fatto che il diritto tedesco non conosce la riparazione proporzionale in ragione della verosimiglianza della causalità, e nega al giudice la possibilità di modulare il risarcimento in funzione di tale verosimiglianza (*Alles oder Nichts Prinzip*)³⁶.

Più che altro, nel diritto tedesco, le questioni che ruotano intorno alla nozione di chance sembrano condizionate dal fatto che il risarcimento è regolato dal principio del “tutto o niente”, con la conseguenza che se il danneggiato dimostra il nesso di causalità ottiene il risarcimento per intero, ma se non dimostra il nesso di causalità (ossia non raggiunge la soglia di prova prevista) non ottiene alcunché.

Ci sono casi in cui la prova del rapporto causale è difficile, ed il danneggiato è in grado di formarla come una certa verosimiglianza, di poco non sufficiente a ritenere raggiunta la prova.

Il principio del “tutto o niente” in questo caso gioca a sfavore del danneggiato.

Per mitigare le conseguenze di questa regola, la giurisprudenza tedesca concede un espediente, utilizzato però solo nei casi di responsabilità medica. Se si ravvisa colpa grave, l'onere della prova del nesso di causalità grava sul

³⁵) Due casi ne fanno esempio, entrambi rispondenti ad una fattispecie ricorrente di perdita di chance. In uno dei due, un architetto era stato ingiustamente escluso dalla gara di un progetto e lamentava di conseguenza non solo la perdita di chance consistente nell'affare sfumato, ma anche nell'occasione di miglioramento professionale e di immagine che era sfumata. La Corte suprema (BGH 23.9.1982, 86, Neue Jur. Woch., 1983, p. 442, critico H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg, 1993, p. 42) ha ritenuto non provato con sufficiente verosimiglianza (*mit Wahrscheinlichkeit*) che l'architetto, se non escluso, avrebbe ottenuto l'incarico. E nello stesso senso OLG Düsseldorf 5.12.1985, 38 VersR, (1987), p. 691 e ss. in relazione alla mancata partecipazione di un cavallo ad una gara, per squalifica dovuta a colpa del veterinario. Anche qui l'incertezza del guadagno perduto gioca un ruolo determinante, e la corte si spinge a dire che anche se si fosse trattato di un cavallo che aveva vinto in passato tutte le gare non si sarebbe potuto dire che, con sufficiente verosimiglianza, avrebbe vinto anche quella.

³⁶) P. HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, Göttingen, 1971, p. 131 e ss.; P. GOTTWALD, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, München, 1979, p. 118 e ss.

medico, che deve dimostrare che il danno del paziente non è conseguenza dei suoi atti. Apparentemente, questa soluzione è giustificata proponendo un accertamento *prima facie* del nesso di causalità, ossia un tipo di prova che consente di dedurre da un certo risultato che un avvenimento tipico lo ha causato³⁷.

Esplicitamente la giurisprudenza ammette che l'inversione dell'onere della prova (nei casi in cui appare una colpa grave del medico) è dovuta a ragioni di equità³⁸. Comporta che il medico deve i danni quando il nesso di causalità è incerto, nei casi di colpa grave. Ad esempio, i difetti di diagnosi sono considerati colpa grave³⁹, così che la prova dell'assenza di causalità tra l'omissione ed il danno è a carico del medico⁴⁰.

Ma la proposta di consentire al giudice di ripartire i danni tra vittima e colpevole in funzione del grado di verosimiglianza del nesso di causalità

³⁷) M. KASCHE, *Verlust von Heilungschancen*, Frankfurt, 1999, p. 112 e ss.; ma osserva E. DEUTSCH, *Causalité: Débats*, in O. Guilloid (ed), *Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, p. 157 che la prova *prima facie* non è sempre ed agevolmente utilizzabile per dimostrare il nesso di causalità.

³⁸) BGH, 10 maggio 1983, in *Neue Jur. Woch.*, 1983, p. 2081; BGH 21 settembre 1982, *ivi*, 1983, p. 333. Per una panoramica degli orientamenti di giurisprudenza e dottrina D. FRANZKI, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess*, Berlin, 1982, p. 61 e ss. per la giurisprudenza e p. 75 e ss. per la dottrina.

³⁹) N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in *Oxford Journ. Leg. stud.*, 1999, p. 276 e ss.

⁴⁰) Un caso come quello inglese in *Hotson v. Fitzgerald and others*, se giudicato in Germania avrebbe posto esclusivamente la questione del se un errore di diagnosi potesse considerarsi colpa grave, poi l'onere della prova sarebbe stata del medico. Dunque avrebbe preso una piega diversa da quella inglese. In quel caso, un bambino, cadendo da un albero, riporta una frattura all'anca che non viene diagnosticata in ospedale. Il bambino è dimesso senza ingessatura e ciò comporta una invalidità all'arto. I consulenti ritengono che anche se la gamba fosse stata ingessata ci sarebbe stato il 75% delle possibilità che l'invalidità si producesse comunque. Il tribunale in primo grado dunque accorda un risarcimento del 25% (ossia la percentuale di guarigione perduta), ma la *House of Lords* applicando, quanto all'accertamento della causalità, il criterio dominante del bilanciamento delle probabilità (75 contro 25) ritiene non sufficientemente provato il nesso causale ed annulla la decisione di primo grado. In Germania, seguendo la regola dell'inversione dell'onere della prova, la dimostrazione del nesso di causalità (della sua assenza) sarebbe stata a carico del medico, secondo quanto detto. Secondo E. DEUTSCH, *Causalité*, cit., p. 159 in Germania l'esito sarebbe stato diverso con addebito dell'intero danno al medico. In realtà l'inversione dell'onere della prova non cambia l'esito del giudizio probatorio. Il medico avrebbe comunque dimostrato che c'erano comunque 75 probabilità su 100 che il bambino rimanesse offeso. E dunque avrebbe dimostrato una insufficiente soglia di probabilità che ci fosse un nesso causale.

rimane minoritaria⁴¹, e non incontra i favori della dottrina di maggioranza⁴².

Alcuni infatti preferiscono usare proprio il concetto di chance.

Oltre che come criterio per ripartire i danni in caso di verosimiglianza del pregiudizio o del nesso di causalità, la chance si comporta allo stesso modo nel caso di verosimiglianza probatoria, quando è invocata a giustificare il potere del giudice di ripartire il danno in base al grado di prova raggiunta⁴³.

Alcuni autori ritengono dunque la chance un concetto utile ad affrontare i problemi posti dalla verosimiglianza, dalla incertezza del danno, del nesso di causalità e della prova⁴⁴.

Si ammette però che la chance diventa in tal modo una nozione utilizzata per affrontare i problemi posti dalla incertezza in ambiti tra loro diversi (il danno, il nesso di causalità, la prova), e che la sua adozione non è imposta da ragioni epistemologiche o logiche⁴⁵, ma da considerazioni di politica del dritto⁴⁶.

Infatti, accanto a chi approva il ricorso all'inversione dell'onere della prova, per attenuare le conseguenze della regola del "tutto o niente"⁴⁷, c'è anche chi

⁴¹) W. WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (Marburg an der Lahn 1941), p. 73 ss; A. EHRENZWEIG, *Die "freie Überzeugung" des Richters*, JW 1929 p. 88; H. STOLL, "The Wagon Mound" - Eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht, in Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, t. I (Tübingen 1963), p. 398 s.; H. STOLL (1968), p. 43; H.J. KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht* (Hamburg 1969), p. 22 ss, 65, 67 ss, 71, 74, 179.

⁴²) R.D. GAUPP, *Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse*, Tübingen 1969, p. 78 ss; H. KLEINWEFERS- W. WILTS, *Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler*, 18 VersR 1967 p. 623. V. anche H. PRUTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München 1983, p. 139 s.

⁴³) W. MÜLLER- STOY, *Schadenersatz für verlorene Chancen*, cit., p. 138 e ss.

⁴⁴) N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in Oxford Journ. Leg. stud., 1999, p. 292 ritiene che la chance è compatibile con il diritto tedesco e non muta le regole sull'onere della prova. All'attore competerà pur sempre l'onere di dimostrare che il convenuto ha causato il danno. La sola differenza consisterà nel fatto che una vittima che non arriva a provare che il responsabile ha causato il danno finale, avrà la possibilità di provare che quest'ultimo gli ha causato la perdita di una chance. Decisamente propenso ad ammettere il ricorso alla chance, sia per ragioni comparatistiche (ed il riferimento è fatto al diritto francese ed inglese), sia per analogia con il mancato guadagno è E. DEUTSCH, *Kausalität Handlungen und Schadenersatz*, Berlin, 1987, n. 410.

⁴⁵) Ad eccezione di M. STAUCH, *Causation, Risk and Loss in Medical Negligence*, in Oxford Journ. leg. stud., 1997, p. 218 e ss.

⁴⁶) Espressamente in tal senso N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, cit., p. 275.

⁴⁷) AD esempio E. DEUTSCH, *Causalité*, cit., p. 636 e ss. il diritto tedesco segue una regola

ritiene inutile quel temperamento e propone di introdurre una regola di indennizzo parziale in funzione delle chance perdute⁴⁸, sempre con il medesimo scopo di politica del diritto.

In quest'ultima ottica, si obietta che la distinzione tra colpa grave (caso in cui si inverte l'onere della prova) e colpa lieve è troppo difficile da accertare in concreto perché la regola del tutto o niente sia applicata in funzione di tale criterio⁴⁹, e che dunque l'idea di chance funzionerebbe meglio.

Nel diritto inglese, la perdita di chance è tenuta in conto perlomeno dal 1911.

Abituato a dare rilevanza al mancato guadagno, il diritto inglese è approdato al risarcimento della perdita di chance di guadagno nel 1911 con il caso *Chaplin v. Hicks*⁵⁰. Una ragazza partecipa ad un concorso di bellezza che prevede un premio in denaro per le prime dodici classificate. L'organizzazione del concorso, però, dimentica di avvisarla che è stata selezionata per la finale, così che la scelta delle dodici vincitrici avviene in sua assenza.

La Corte di appello, sul presupposto che alla finale erano ammesse 50 ragazze, ma che solo dodici di queste avrebbero vinto, ha riconosciuto una probabilità di vincere alla attrice del 25%, accordandole un risarcimento pari a quella percentuale dell'intera somma messa in palio.

E' una decisione considerata come *leading case* in diritto inglese, poi seguita da altre corti di *common law*⁵¹.

In un certo senso, la regola inglese è nel senso che il risarcimento della chance è un criterio opposto al tutto o niente.

Se si prova il nesso di causalità come più probabile che no, allora il risarcimento è integrale e viceversa⁵². Se invece, non è questione di probabilità

austriaca risalente a Wilburg e Blydlinski per la quale più grave è la colpa e più sfumato il nesso di causalità, così che in presenza dell'una occorre un aggiustamento dell'altra sul piano probatorio.

⁴⁸) H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, cit., p. 41 e ss.

⁴⁹) A. LAUFS, *Handbuch des Arztrechts*, 2^a ed., München, 1999, p. 163 e ss.; K. H. MATTHIES, *Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben*, Berlin, 1984, p. 60.

⁵⁰) (1911-13) All E.R. 224 (CA)

⁵¹) Ne dà conto B. COOTE, *Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort*, 62 *Austr. law. Journ.*, 1988, p. 761 e ss. per il diritto australiano. Per il seguito avuto dalla decisione nel diritto americano v. invece H. R. FELDMAN, *Chance as Protect Interests: Recovery for the Loss of Chance and Increased Risk*, *Univ. of Baltimore Law Rev.*, 1987, p. 878 e ss.

⁵²) V., ad esempio *Skyes v. Midland Bank Executor & Trustee Co. Ltd.* (1971) 2 All E.R. 471 (CA)

del nesso causale, che è ritenuto certo, ma di *probabilità del danno*, allora il criterio di risarcimento è la chance.

Ora è discusso se la giurisprudenza ha posto fine alla regola inaugurata da *Chaplin* nel 1911, di rilevanza della chance, ed ha riaffermato, o affermato definitivamente, la regola del tutto o niente in ogni ipotesi di illecito dannoso⁵³. La giurisprudenza più recente, invero, sembra seguire la regola del tutto o niente, che in ambito medico significa che una probabilità di guarigione superiore al 50% va risarcita per intero, mentre quella inferiore al 50% non va risarcita affatto⁵⁴, con ciò supponendo come alternativi tra di loro la regola del tutto o niente e la chance. Non mancano però decisioni che hanno applicato una riduzione del risarcimento in ragione della probabilità che il danno fosse evitato⁵⁵.

Anche nel diritto nordamericano la regola di accertamento causale (*all-or-nothing approach*) condiziona la risarcibilità della chance.

Caso *leading* è stato *Khun v. Banker*⁵⁶, poi, la regola si è diffusa, e la soglia di prova del nesso di causalità è affermata al 50% (*more likely than not*)⁵⁷. Il danneggiato deve provare che aveva una probabilità superiore al 50% di evitare il danno in caso di condotta non negligente del danneggiante⁵⁸. In modo

⁵³) Ritengono la decisione un definitiva affermazione della regola del tutto o niente come esclusivo criterio di giudizio M. BRAZIER, *Street on Torts*, 9^a ed., London, 1993, p. 251 e ss.; W.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 14^a ed., 1994, London, p 150 e ss.; A. F. PHILLIPS, *Lost Chances in Delict : All or Nothing?*, in *The Judicial Review*, 1995, p. 409 e ss. Per contro ritengono che la decisione non comporti alcun revirement significativo T. WEIR, *Loss of a Chance - Compensable in Tort? The Common Law*, in O Guillod (ed.), *Colloque: Dèveloppements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, p. 111 e ss.; H. REECE, *Losses of Chances, in the Law*, Mod. Law rv., 1996, p. 189 e ss.

⁵⁴ Ad esempio, *Tahir v. Harigey Health Authority*, in *Med. Law Rev.*, (1996) 92 (CA)

⁵⁵) In *Bagley v. North Herts Health Authority*, 136 NLJ (1986), p. 1014 e ss. accertato che la paziente aveva solo un 5% di probabilità di guarire se il medico avesse agito correttamente, è stato accordato conseguentemente un risarcimento del 95% del totale.

⁵⁶) 13 N.E. 2d 242 (Ohio) 1938.

⁵⁷) *Harley v. United States*, 923, F.2d 1091, 1094 (4th circ. 1991). In argomento D. KEITH, *Loss of Chance: A Modern Proportional Approach to Damages in Texas*, 44 *Baylor Law Review*, 1999, p. 777.

⁵⁸) *Shively v. Klein*, 551 A.2d 41, 43 (Del. 1988), *Pierce v. Johns-Manville Sales Corp.*, 464 A.2d 1020, 1026 (Md 1983). P.L. EVATT, *A Closer Look at Loss of Chance Under Nebraska Medical Malpractice Law: Steineke v. Share Health Plan, Inc*, 246 Neb. 374,518 N.W. 2d 904 (1994), 76 *Nebraska Law Review*, 1997, p. 979 e ss.; M. T. MANGAN, *The Loss of Chance Doctrine: A Small Price To Pay For Human Life*, 42 *South Dakota Law Review* (1997), p. 279

significativo la Corte Suprema del Texas ha rifiutato di supplire all'incertezza causale ricorrendo alla perdita di chance, per temperare gli effetti del "tutto o niente"⁵⁹.

Tuttavia, la situazione nordamericana non è uniforme. Alcuni Stati negano che si possa utilizzare la chance per supplire ad un difetto di prova del nesso di causalità, e dunque pretendono la dimostrazione di una "probabilità preponderante". Altri invece sembrano consentire il risarcimento quando sia dimostrato che la negligenza ha fatto perdere una concreta probabilità di risultato, mentre una minoranza ammette l'azione in presenza di una qualunque probabilità di risultato favorevole andato perduto⁶⁰.

Comunque, pur facendo ricorso in alcuni casi alla chance per temperare gli effetti del "tutto o niente", le *doctrines* americane limitano questa soluzione di politica del diritto alla responsabilità medica ed ai danni subiti dal paziente. Le ragioni rendono esplicitamente conto del fatto che il ricorso alla chance, in fatto di accertamento causale, è solo questione di politica del diritto. Difronte alla proposta di alcuni autori di estendere la regola anche ad altre ipotesi di responsabilità professionale⁶¹, la giurisprudenza ha obiettato che l'introduzione di una responsabilità per *chance* perduta in prestazioni professionali in cui la causalità è più facilmente accertabile che in materia di responsabilità medica, comporterebbe tra l'altro un aumento dei costi, specialmente quanto alle assicurazioni di responsabilità professionale⁶².

Il tentativo di estendere il ricorso alla chance, per supplire all'incertezza

e ss.

⁵⁹) *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W. 2d 397, 405 (Tex. 1993). Per un'analisi di questa decisione v. G.D. ELLISTON- J. K. HENDERSON, *No Chance for "Loss of Chance" in Texas Medical Malpractice litigation after Kramer*, 59 Texas Bar Journ., 1996, p. 734 e ss.

⁶⁰) Gli stessi commentatori sono incerti. Nel 1990 R.A. REISIG jr., *The Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview*, 13 American Journ. Trial Advoc., 1990, p. 1170 enumera 20 tribunali statali e 5 tribunali federali che hanno fatto ricorso alla nozione di chance per risolvere favorevolmente l'incertezza causale; Nel 1995 J.D. HODSON, *Medical Malpractice: "Loss of Chance" Causality*, in 54 A.L.R. 2^d, 1995, p. 34 e ss. indica 24 Stati favorevoli, 12 contrari e 4 che hanno assunto decisioni contraddittorie sulla questione. Invece B.B: MOORE, *South Carolina Rejects the Lost Chance Doctrine*, in 48 South Car. Law Rev., 1996, p. 216 e ss. stima che 16 Stati hanno adottato la teoria mentre 18 l'hanno rigettata.

⁶¹) V. ad esempio J.D. MIGIT, *The Supreme Court of Texas Refuses to Adopt the "Loss of Chance" Doctrine: Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*, 858 S.W. 2d 397 (Tex. 1993), in 35 South Texas Law rev., 1994, p. 377 e ss.

⁶²) *Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*, 858 S.W. 2d 397 (Tex. 1993); *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P 2d 589, 598 (Nev. 1991) con opinione dissenziente del giudice Steffen.

causale, è stato tentato in casi di responsabilità dell'avvocato per omessa presentazione di un ricorso o di un appello. Per rimediare alle difficoltà di prova del nesso causale (è difficile dire se il ricorso sarebbe stato accolto o no) si propone di valutare la questione in modo diverso, ossia limitarsi a valutare se è stata negata una chance. La Corte Suprema dello Stato di Washington ha rigettato il tentativo, dicendo che l'espedito non si può estendere nel caso della responsabilità dell'avvocato, dove invece, quanto al nesso di causalità vale il criterio condizionalistico⁶³.

In realtà, a ben vedere, nel caso della responsabilità dell'avvocato, la chance è proposta come alternativa non tanto e non solo ai criteri di accertamento del nesso di causalità, e dunque per supplire all'incertezza cui quell'accertamento conduce, ma anche allo stesso criterio probatorio della responsabilità contestata.

Alcuni sistemi, come quello americano, impongono al giudice di fare fittiziamente il processo mancato (quello che si sarebbe svolto se l'avvocato non avesse mancato di depositare il ricorso o l'appello), onde stabilire se il cliente avrebbe vinto la causa, o ottenuto un qualche risultato favorevole, qualora l'avvocato avesse agito tempestivamente. E' il metodo del processo nel processo, noto come "trial-within-a-trial-method"⁶⁴. Questo criterio è stato criticato vivacemente poiché proteggerebbe l'avvocato da ogni responsabilità⁶⁵: le parti si confrontano con delle azioni ipotetiche, e l'avvocato, che conosceva la causa del cliente, può dimostrare quali ne fossero i punti deboli meglio di quest'ultimo.

Il problema è avvertito, ma, a differenza di quanto accade per la responsabilità medica, non si fa ricorso alla perdita di *chance* per ammettere un danno per il cliente pur non essendo sufficientemente dimostrato il nesso di causalità, ma ad altri espedienti. In alcuni casi si è tentata la strada tedesca dell'inversione dell'onere della prova o delle presunzioni⁶⁶

In Francia è pure diffusa l'idea di proporzionare il risarcimento al

⁶³) *Daughert v. Pappas*, 704 P. 2d 600, 603 (Wash. 1985). V. le osservazioni di A.P. LORD, *Loss of a Chance in Legal Malpractice*, 61 Wash. Law Rev., (1986), p. 1488.

⁶⁴) In generale R.C. COGGIN, *Attorney Negligence A Suit Within a Suit*, in 60 W.Va Law Rev., 1958, p. 225 che per primo ha creato l'espressione.

⁶⁵) E.M. JENSEN, *The Standard of Proof of Causation in Legal Malpractice Cases*, in 63 Cornell Law Rev., 1978, p. 676 e ss.; K.G. LUPO, *A Modern Approach to the Legal Malpractice Tort*, in 52 Indiana Law Journ., 1977, p. 701 e ss.

⁶⁶) R.E. MALLEEN - J.M. SMITH, *Legal Malpractice*, Sian Paul, 1996, 4^a ed., p. 172.

dubbio sulla causalità⁶⁷.

A partire dagli anni settanta, la giurisprudenza utilizza la perdita di chance, e segnatamente in ambito medico, per rimediare all'incertezza sul nesso causale. Pur riconoscendo che il nesso causale tra la condotta del medico e il danno lamentato dal paziente è incerto, la Corte di cassazione ritiene che la privazione della chance di guarire o di sopravvivere è sufficiente a giustificare un indennizzo⁶⁸, che, dato, il dubbio sul nesso causale, è però riconosciuta parzialmente, proporzionalmente al grado di probabilità accertato⁶⁹. E di recente l'adeguamento del risarcimento al grado della chance perduta (che poi è nient'altro che grado di probabilità del nesso causale) è stato ribadito in caso di responsabilità professionale del notaio⁷⁰.

In sostanza, come è stato ben detto⁷¹, per evitare di rifiutare ogni indennizzo, le corti fanno astrazione del danno concreto (il decesso o l'aggravamento del paziente), di cui non è certa la linea causale con la condotta del medico, e lo sostituiscono con un sostitutivo astratto di questo (la perdita di chance) che è per ipotesi legata alla condotta del convenuto in ragione del rischio creato. Due reazioni, immediate, a questo orientamento, poi sviluppatosi saldamente in seguito, meritano menzione.

Si è infatti osservato che se il dubbio sulla causalità consente un risarcimento parziale, vuol dire che il giudice confonde il grado della pretesa chance con il grado del suo dubbio sulla causalità, con il rischio di una generalizzazione: ogni volta che il giudice ha un dubbio sul nesso di causalità tra la condotta del convenuto ed il danno lamentato, potrà accordare un

⁶⁷) Da ultimo X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, 2014, n. 190, e gli autori ivi citati, ma A. TUNC, *obs. sur CA Grenoble 24 oct. 1962*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1963, p. 334, il quale osservava che se i tribunali indennizzano un danno aleatorio (la perdita di una chance) quando il nesso di causalità appare certo, perché non dovrebbero fare altrettanto quando il danno è certa ma è il nesso di causalità ad essere incerto.

⁶⁸) Cass. civ. 18.3.1969, in *Jur. Class. Per.*, 1970, II, 16422; Cass. civ., 27.1.1970, in *Jur. Clas. Per.*, II, 16422; Cas. civ. 17.11.1970, *Dalloz*, somm, p. 46

⁶⁹) Cass. civ. 27.3.1973, *Dalloz*, 1973, p. 595; Cass. civ. 9.5.1973, in *Jur. Class. Per.*, 1974. II. 18966

⁷⁰) Ad esempio, Cass. 15.5.2007, *Bulletin*, 2007 n. 05-15246. Nel caso in cui non era certo che un notaio avesse fatto perdere dei soldi ad un clienti, non consigliandogli di farsi dare una garanzia dal compratore, ed in cui pur tuttavia è stato riconosciuto un risarcimento per la perdita di una chance (del 30%).

⁷¹) G. VINEY- P. JOURDAIN, *Droit civil. Le conditions de la responsabilité*, Paris, 1998, p.199.

risarcimento parziale, con il pretesto che una chance esisteva, quando invece la pretesa chance è in realtà nient'altro che l'incertezza soggettiva sulle cause del danno⁷²; un comodo espediente per aggirare le esigenze della linea causale. Il che spiegherebbe perché il risarcimento non è pari alla perdita del guadagno sperato, ma è commisurato al valore della perdita, per ciò stesso forfettaria⁷³.

Secondo altri, occorrerebbe distinguere a seconda che, prima della condotta del medico, vi fossero rischi, ossia vi fosse un processo morboso in atto, oppure no. Nel primo caso, il paziente avrebbe qualche chance di guarigione, che il medico ha fatto perdere. Se invece l'intervento del sanitario interviene in un paziente che non correva rischi (se non quelli tipici dell'intervento), allora occorre la prova certa del nesso causale⁷⁴.

Per contro, si dice inadeguato un risarcimento parziale, proporzionato alla probabilità perduta, che pone il giudice nell'incertezza di calcolare la percentuale. Piuttosto, accertata la colpa, e presunto il rischio che essa ha creato, il risarcimento dovrebbe essere integrale⁷⁵.

Il ricorso alla chance per sopperire all'incertezza causale è dunque esplicito, ed è suggerito dallo scopo di impedire che un difetto di prova del nesso di causalità, specie nelle condotte omissive, dove l'accertamento è più difficile, in applicazione della regola del "tutto o niente", porti a negare la riparazione del danno⁷⁶.

Sviamento ulteriore dalle regole di causalità è l'idea di ricorrere alla chance per sopperire al difetto di prova del nesso di causalità quando questo è soggettivamente incerto, apparentemente imputabile a più soggetti, secondo la regola del *market share liability*⁷⁷. Se più produttori hanno messo in commercio un prodotto farmaceutico difettoso, ed un paziente ne risente, ma non si sa a quale dei produttori è riferibile il danno, si considera come se ciascuno abbia fatto perdere una certa chance al paziente di non venire

⁷²) R. SAVATIER, *Rév. gen. ass. terr.*, 1973, p. 473.

⁷³) C. LAPOYADE-DECHAMPS, *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, in *Rev. intern. droit comp.*, 1998, p. 372.

⁷⁴) F. CHABAS, *La perte d'une chance en droit français*, in Guillod (éd.) *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Genève, 1991, p. 131.

⁷⁵) P. JOURDAIN, obs in *Rev. trim. droit civ.*, 1992, p. 109 e ss.

⁷⁶) Per esempio, I. VICARIE, *La perte d'une chance*, in *Rev. de la recherche jur.*, 1987, p. 909.

⁷⁷) P. PIERRE, *Les présomptions relatives à la causalité*, in *Les distorsions du line de causalité en droit de la responsabilité civile*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2007, p. 45.

danneggiato, così che ciascuno risponde in ragione della parte di mercato detenuta⁷⁸.

Invano si è cercato di trovare una giustificazione teorica a fondamento a questa soluzione⁷⁹, che riposa piuttosto su una tecnica di giustizia distributiva, come sostituto di una responsabilità fondata sulla prova della linea causale.

Per altro verso, questa soluzione è avversata da chi ritiene che costituisca uno sviamento dalle regole di responsabilità civile, e che l'idea della proporzionalità fra il grado di prova e gli effetti che ne derivano è contraria ai principi della logica. I giudici, in ipotesi, farebbero ricorso alla *chance* al solo fine di stabilire una responsabilità parziale, disattendendo le regole della responsabilità civile che pongono un'alternativa tra una riparazione totale o un esonero di responsabilità⁸⁰.

Il fatto che la linea di causalità è più o meno sempre incerta non deve spingere a trasformarla in un fatto certo attraverso il ricorso alla *chance*, che non può servire a far accettare una linea di causalità dubbia⁸¹.

7. Un giurisprudenza fallace.

Anche la giurisprudenza italiana opera la sostituzione che abbiamo sino a qui denunciato, ma, a differenza degli orientamenti stranieri, contrabbanda la soluzione adottata per una costruzione dogmatica suggerita dal sistema, anziché per quello che in realtà essa è, ossia una operazione di politica del diritto, rivolta a favorire il danneggiato in casi in cui l'incertezza impedisce una prova significativa del danno subito o del nesso di causalità.

La corte di legittimità opina che, in caso di errore medico, il danno non è quello materiale ed effettivo (morte o malattia del paziente), ma il suo sostituto astratto, ossia la perdita di *chance* di guarire. Conseguentemente, l'evento rispetto al quale valutare il nesso di causalità è, per l'appunto, la perdita della probabilità di guarigione piuttosto che il danno effettivo, la morte o

⁷⁸) Soluzione ricavata, in Francia, dal caso americano *Sindell v. Abott Laboratories*, Cal. S. C. 1980.

⁷⁹) S. BANAKAS, *Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable?*, in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Bilan prospectif*, in Resp. civ. et ass., 2001, p. 77 e ss.

⁸⁰) C. RUELLAN, *La perte d'une chance en droit privé*, in Rev. de la recherche jur., 1999, p. 729 e ss.

⁸¹) J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, 2004, n. 1127.

l'aggravamento della malattia. In tal modo essa opera surrettiziamente quella sostituzione tra eventi dannosi, che in altri ordinamenti è esplicita, ed anzi, è esplicitamente ammessa come una soluzione di politica del diritto⁸².

Detto in altri termini, anziché richiedere la prova che la chance si sarebbe tradotta in un guadagno, si chiede la prova che la chance è andata perduta. Si tratta, per come è evidente, di ipotesi affatto diverse e di diverso rilievo. Altro è dimostrare che una chance del 25% si sarebbe tradotta in un vantaggio del 100%, altro è dimostrare al 100% che è stata distrutta una chance del 25%. Nel secondo caso c'è una limitazione alla linea causale che non c'è nel primo.

Ovviamente ogni teoria si giustifica sul piano ideologico come su quello scientifico. Entrambe sono legittime, ma non vanno contrabbandate l'una per l'altra.

E dunque non si può spacciare un espediente di politica del diritto per una soluzione dommaticamente imposta ed arrivare a cassare per violazione di legge chi non la segue.

Vediamo dunque come si comporta la giurisprudenza italiana.

Secondo una regola solo apparente l'accertamento della causalità nel caso di perdita di chance (di guarire o di sopravvivere) non sarebbe diversa da ogni altro caso in cui si cerca di stabilire un legame tra una condotta ed un evento dannoso. Anche nella ipotesi del paziente che perde una probabilità di guarire per colpa del medico, l'imputazione a quest'ultimo della responsabilità per la perdita presuppone che si possa dire che è "più probabile che no" che il medico l'abbia causata⁸³.

⁸²) Per esempio N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in Oxford Journ. leg. stud., 1999, pp. 271 -273 ritiene che l'ambito di elezione della chance sia proprio l'incertezza causale, ossia il novero di quei casi in cui non si può dire che l'azione o l'omissione dell'agente è condicio sine qua non, ma nemmeno è possibile negare ogni nesso causale. Secondo l'autore, in particolare modo nei casi di concorso di cause in cui è difficile stabilire chi ha causato il danno, l'approccio basato sulla perdita di chance è ritenuta un'alternativa all'approccio causale.

⁸³) Questa impostazione, per lo più utilizzata nei casi di responsabilità medica, è esplicita in Cass. 17.9.2013, n.21255, in Foro it., 2013, p. 3121, la quale ritiene che: "*Come per la causalità ordinaria, anche per la causalità da "chance" perduta (da intendere come possibilità di un risultato diverso e migliore, e non come mancato raggiungimento di un risultato solo possibile), l'accertamento del nesso di causalità materiale implica sempre l'applicazione della regola causale "di funzione", cioè probatoria, del "più probabile che non", sicché, in questo caso, la ricorrenza del nesso causale può affermarsi allorché il giudice accerti che quella diversa - e migliore - possibilità si sarebbe verificata "più probabilmente che non"*". Impostazione simile in Cass. 18.9.2008, n. 23846, relativamente ad un caso di responsabilità del medico e di accertamento del nesso di causalità omissiva.

E' un'impostazione fallace, che ha generato equivoci nella giurisprudenza di merito.

Per meglio comprendere questa particolare applicazione della chance, può essere così riassunto il ragionamento della giurisprudenza.

Si parte dal presupposto che un paziente avesse una certa probabilità di sopravvivere, e si chiede di valutare con gli usuali criteri di accertamento del nesso di causalità (ossia "il più probabile che no") se la condotta colpevole del medico ha privato il paziente di tale probabilità. La perdita di chance è dunque l'evento rispetto al quale va verificata l'efficienza causale della condotta del medico⁸⁴. Sembra, quindi, non avere peso il fatto che, essendo il paziente deceduto, il danno effettivo è proprio la morte, non già la perdita della probabilità di sopravvivere.

Operata la sostituzione dell'evento di danno con un altro, con suo astratto diminutivo, si dice poi che l'accertamento del nesso di causalità non subisce deviazioni. L'efficienza causale della condotta rispetto alla perdita di chance si valuta, secondo la giurisprudenza, con il criterio tipico di accertamento del nesso di causalità. La questione poi di quale fosse la percentuale di probabilità perduta, attiene al quantum, e dunque alla misura del risarcimento.

Conseguentemente si dovrebbe distinguere, da un lato, tra perdita di chance intesa come danno in sé risarcibile (e dunque, si direbbe, evento), ossia le probabilità di guarigione che il paziente aveva e che la condotta del medico ha negato, e, dall'altro, la perdita di chance come conseguenza dannosa ulteriore della lesione della salute (ad esempio, la perdita di occasioni di lavoro dovuta alla mancata guarigione o anche ad una lesione dell'integrità psico fisica)⁸⁵.

Questa soluzione trasforma in evento di danno la perdita di una probabilità^{86 87}.

⁸⁴) Da ultimo proprio Cass. 27.3.2014, n. 7195, in Corr. giur., 2014, p. 1077, con nota di M. Bona.

⁸⁵) Ed infatti Cass. 27.3.2014, n. 7195 cit: "*altro è la perdita di chance intesa come danno, in sé, risarcibile, quale è quella di cui qui si discute; altro è il danno da perdita di chance, quale conseguenza dannosa risarcibile di un diverso evento di danno, dato dalla lesione di altro bene giuridico, quale ad esempio- per restare nel campo del danno alla persona da responsabilità medica- il diritto alla salute*" (p. 16)

⁸⁶) Del resto si osserva che il << diritto positivo non prevede alcuna soglia minima, espressa in termini percentuali, per la rilevanza giuridica della chance>> così. M. BONA, *Causalità da perdita di chance e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in Corr. giur., 2014, p. 1081. Una prima questione, ma è quella meno stringente, che questo ragionamento implica, tiene dunque al requisito della certezza del danno. Si dice che l'ammontare della probabilità (che va ovviamente dall'1% al 99%), può

Questa pare essere l'idea che si trae dalla giurisprudenza corrente⁸⁸. Ma, l'aspetto fallace di questo orientamento è ben altro. La giurisprudenza *sostituisce* l'evento di danno con un'ipotesi astratta (che il paziente avesse probabilità di guarire), in modo che poi l'ammontare della probabilità diventi, ai fini causali, irrilevante. Vediamo meglio in cosa si traduce questo espediente e perché è fallace.

In realtà, un conto è accertare il nesso di causalità rispetto al danno effettivo, un altro è farlo rispetto alla perdita di chance di evitarlo. Quest'ultima consente maggiori margini di accertamento, rispetto al primo.

In sostanza, seppure la giurisprudenza declami che da un punto di vista causale non cambia nulla, e che il rapporto tra la condotta del medico e l'evento (la perdita della chance di guarire) va comunque valutato con il criterio usuale del "più probabile che no", si tratta di una affermazione fallace, e se si bada bene, si intuisce come la chance non è di fatto un evento, ma un criterio per accertare il nesso di causalità.

A ben vedere nulla, sul piano dogmatico, autorizza la prassi ad operare una tale sostituzione. Quale sia il danno da risarcire, è operazione che risponde a criteri dogmatici noti. Qua invece la giurisprudenza inventa un evento di danno senza che vi sia una ragione logicamente fondata. Del resto, le corti danno per

essere uno qualunque, e che non rileva ai fini della considerazione della probabilità come danno, avendo piuttosto rilevanza sull'entità del risarcimento. In sostanza, se un tale paziente aveva il 20% di probabilità di guarire, e, usando l'ordinario criterio per accertare la causa, si conclude che la colpa del medico lo ha privato di tale probabilità, si può dire che il paziente ha subito un danno risarcibile, consistente esattamente nella perdita di quel 20% di probabilità di guarigione. La condotta del medico in sostanza è stata causa di una perdita, vale a dire che ha privato il paziente di una probabilità pari al 20% di sopravvivere o di guarire. Da un punto di vista dell'affermazione della responsabilità, il risultato non cambierebbe se il paziente avesse l'1% di guarire o il 62%

⁸⁷) Ed infatti Cass. 27.3.2014, cit.: << soltanto in questa fase successiva ed ulteriore, che è quella della quantificazione del risarcimento, torna rilevante l'idoneità della *chance* a produrre il risultato utile, nel senso che l'entità del risarcimento andrà commisurata al danno quantificato in ragione della maggiore o minore possibilità di ottenere quel risultato, misurata eventualmente in termini percentuali>> p. 17. Come si può intuire, l'esistenza di una probabilità di guarire equivale ad avere nel proprio patrimonio una utilità, la cui distruzione è già danno risarcibile. La percentuale della probabilità non rileva ai fini della responsabilità del medico, che risponde anche se ha fatto perdere una probabilità minima di guarigione.

La differenza tra una probabilità dell'1% ed una del 99% sta piuttosto nell'ammontare del risarcimento

⁸⁸) Cass. 27.3.2014, n. 7195, già citata, che richiama anche Cass. 18.9.2008, n. 23846, in Corr. giur., 2009, p. 809; Cass. 4.3.2004, n. 4400, in Resp. civi. prev. 2004, p. 1040.

scontato che il danno sia la perdita di chance anziché l'effettiva perdita di salute, e non danno conto del perché si operi questa sostituzione⁸⁹.

Ognuno vede come gli esiti cambino radicalmente in questo modo.

Se il danno si individua rispetto al bene della vita lesa, nel caso in cui il corretto intervento chirurgico avrebbe allungato la vita di qualche periodo, è chiaro che la perdita subita dal danneggiato è, per l'appunto, quel periodo di vita vissuto in meno, e non già la probabilità di viverlo⁹⁰.

L'espedito retorico cui la prassi fa ricorso è di inventare una situazione giuridica autonoma, la chance, che così è in grado di fungere essa stessa da bene della vita lesa dal fatto del terzo.

Ma l'operazione è chiaramente arbitraria⁹¹.

La nozione di danno non può prescindere dalla lesione di un bene della vita, ritenuto rilevante dal diritto. E quando la colpa del medico priva di alcuni giorni di vita il paziente o impedisce il miglioramento delle sue condizioni di salute, il bene della vita lesa è, per l'appunto, la salute, e non già un'autonoma probabilità di perderla.

Ma il capovolgimento di prospettiva, che le corti italiane trascurano, è che la sostituzione della chance al danno effettivo non è solo sostituzione di un evento ad un altro, ma è anche cambiamento di prospettiva causale: incide sulla prova del nesso di causa.

Riconoscere la chance come un nuovo tipo di danno (la situazione autonoma di cui parla la giurisprudenza) significa trasformare problemi di

⁸⁹) Cass. 27.3.2014, n. 7195, cit.: “*E' scontato, infatti, che il termine di riferimento della causalità ai fini dell'individuazione dell'evento dannoso non avrebbe dovuto essere la morte, e, per contro, la mancata guarigione della paziente, ma piuttosto la perdita della possibilità, da parte di quest'ultima, di vedere rallentato il decorso della malattia e quindi aumentata la durata della sopravvivenza. La perdita di questa possibilità è l'evento di danno lamentato dalla parte attrice ed a questo si è riferita la stessa parte quando si è espressa correttamente in termini di perdita di chance*”.

⁹⁰) Cass. 18.9.2008, n. 23846, cit.: “*Invero, quello che avrebbe dovuto spiegare la Corte capitolina è perché non integrava danno risarcibile la perdita della possibilità di godere di una maggiore durata di sopravvivenza, il che rende irrilevante che l'esecuzione tempestiva dell'intervento non avrebbe impedito o contrastato il decorso della malattia*”. Ma ognuno vede come non vi sia bisogno di considerare come danno la “perdita di probabilità”, in luogo di un danno effettivo consistente nella perdita di alcuni giorni o mesi di vita.

⁹¹) Forse il più argomentato tentativo di giustificare questa sostituzione (della chance al danno effettivo) è di N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, cit., specialmente p. 278 e ss.. Ma per questo autore è chiaro che si tratta di una soluzione di politica del diritto, giustificata dallo scopo di fornire maggiore tutela al paziente danneggiato.

prova del nesso causale in problemi di valutazione del danno⁹². In sostanza, anziché dimostrare che la chance si sarebbe tradotta in un danno finale è sufficiente dimostrare che è stata distrutta, e ciò non si fa stabilendo un diverso concetto di nesso causale, ma ponendo un limite alla relazione causale. Infatti non è più necessario chiedersi se, bilanciando le probabilità, il paziente sarebbe sopravvissuto o meno (*rectius*, se è più probabile che no che sarebbe sopravvissuto). E' sufficiente provare la perdita della chance in sé. Provare al 100% che è stata persa una chance del 25% è diverso dal provare che al 100% quella chance si sarebbe tradotta in danno finale. Il criterio di accertamento del nesso causale rimane lo stesso (è "il più probabile che no" delle nostre corti), ma cambia significativamente l'esito, poiché dire che la perdita di chance è un danno in sé significa delimitare l'area della prova e della indagine.

Ma, la sostituzione del vero evento di danno (mancata guarigione, morte, aggravamento della malattia) con un sostituto astratto (la perdita di chance) è arbitraria, proprio nell'ambito della responsabilità medica, anche per un altro motivo.

Per comprenderlo occorre chiarimento.

Quando si dice che il paziente ha il 41% di probabilità di guarire, non si può ovviamente intendere che ha tale probabilità *a prescindere* da un intervento medico. Il paziente ha una speranza di guarire, o di vivere più a lungo, (*rectius* probabilità) solo in caso di intervento corretto del medico. La chance di guarire, a differenza di altre situazioni giuridiche (se per tale la si vuole intendere), non è del tutto autonoma, come declama la giurisprudenza.

In punto di fatto è un dato pacifico che il paziente sarebbe guarito o vissuto più a lungo *solo* se il medico avesse agito correttamente⁹³.

Sembra scontata precisazione, ma è di tutta evidenza che il paziente non guarisce a prescindere da un corretto intervento del medico, ossia non si può dire che abbia delle *chances* prima ed a prescindere da tale condotta. Nè serve usare la statistica, per dire che *in casi simili*, un paziente ha una certa probabilità di guarigione, posto che la statistica è fatta presupponendo il

⁹²) J. H. KING, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Condition and Future Consequences*, in Yale Law Journ., 1981, p. 1353, in particolare p. 1366; J. STAPLETON, *The Gist of Negligence*, II, in Law Quart. Rev., 1988, p. 389 e ss. in particolare p. 392.

⁹³) Per fare un esempio, in Cass. 27.3.2014, n. 7195, cit, si dà atto chiaramente che <<verosimilmente la paziente avrebbe goduto di una percentuale di sopravvivenza per cinque anni pari al 41% (ove, naturalmente, l'intervento fosse stato eseguito correttamente)>> p. 7

corretto intervento del medico. La guarigione dipende statisticamente dal corretto intervento del medico: solo se questi agisce correttamente, si può affermare, sulla base di un dato statistico, una probabilità di guarigione o di sopravvivenza. La chance di guarigione, in sostanza, non preesiste affatto all'intervento del medico, ma ne dipende essenzialmente, anche quanto alla percentuale. Non c'è una probabilità di guarigione basata sul mero dato statistico, che preesiste all'intervento sanitario, come la giurisprudenza equivocamente afferma⁹⁴: la statistica non dice che il paziente ha il 50% di guarigione a prescindere dal fatto che venga curato o meno, ma dice ovviamente che ha quella probabilità solo se il medico interviene correttamente, che è cosa sensibilmente diversa, proprio quanto all'accertamento del nesso causale e del danno.

Ed infatti, non si può dire che, una volta individuata la probabilità, va stabilito, con i criteri ordinari di accertamento del nesso di causalità, se il medico l'ha distrutta o fatta perdere, come afferma la giurisprudenza⁹⁵, supponendo che una probabilità di guarire esista (logicamente ma anche di fatto) prima ed a prescindere dall'intervento medico.

Si confronti questo caso con quello, ad esempio, in cui una modella selezionata per un concorso di bellezza, non viene avvisata dall'organizzatore di essere stata ammessa alla fase finale, in cui avrebbe potuto vincere uno dei premi riservati ai primi classificati⁹⁶, e dove si può dire che esisteva una probabilità di vincere indipendente dalla condotta dell'organizzatore. Meglio, è data come esistente una probabilità che non dipende, come invece è quella di guarire, dalla condotta del danneggiante. Se la probabilità del paziente di guarire dipende da come la condotta del convenuto è tenuta, quella di vincere il concorso di bellezza ne prescinde⁹⁷.

⁹⁴) Ed infatti Cass. 4.3.2004, n. 4400: << si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chance, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta>> ed inoltre Cass. 27.3.2014, n. 7195: <<Pertanto, una volta individuata una chance, per definizione consistente in una mera possibilità..... va indagato il nesso causale della perdita di tale possibilità con la condotta riferita al responsabile>>.

⁹⁵) Oltre alla sentenze citate alla nota precedente, v. anche Cass. 18.9.2008, n. 23846, in Corr. giur., 2009, p. 809.

⁹⁶) *Chaplin v. Hicks* (1911-13) All E.R. 224 (CA), in cui una di Corte di Appello inglese (nel 1911) ha ritenuto che la modella avesse delle *chances* di vincere e che l'omessa informazione dell'organizzatore ha fatto perdere.

⁹⁷) Non è peraltro senza rilievo che la condotta del medico è sempre concausa dell'esito finale (mancata o ritardata guarigione, o altro), concorrendo con la malattia, mentre negli altri casi,

In conclusione è del tutto fallace dire che il criterio di accertamento del nesso causale non cambia quando si tratta di accertare la lesione di una chance, e rimane quello del “più probabile che no”, poiché è proprio la percentuale di tale “più probabile che no” che nel caso della chance è diverso.

Quando, insomma, si dice che, se l'intervento fosse stato corretto, il paziente avrebbe avuto un 40% (o altro) di probabilità di guarire, di fatto, si esprime un giudizio sulla efficacia causale della condotta, anche se si declama il contrario. In pratica, per stabilire quale fosse la probabilità di guarigione del paziente è necessario stabilire in che percentuale la condotta del medico abbia influito negando quel mancato risultato.

La giurisprudenza italiana salta questo momento, indispensabile per la valutazione della probabilità, ritenendo che essa sia un dato a priori, verificabile statisticamente⁹⁸, e che la perdita di tale autonoma probabilità sia addebitabile al medico quando, secondo l'usuale criterio di accertamento, è più probabile che no che il medico l'abbia provocata. In realtà, la probabilità del paziente non è una situazione stimabile a priori, sulla base del dato statistico⁹⁹, ma dipende dalla condotta del medico, e del resto la statistica comprende solo casi in cui si è avuta quella probabilità solo a seguito dell'intervento medico e non a prescindere da esso.

Non è dunque affatto scontato che nulla cambia quanto all'accertamento del nesso di causalità.

Inoltre la prassi sostituisce un evento certo (l'aggravamento del paziente, la sua morte ecc.) con un evento probabile (la chance di guarire), così che altro è accertare che la condotta del medico è causa rilevante del primo, altro è che lo sia del secondo.

Se il paziente resta invalido dopo un intervento medico, se si considera correttamente come evento dannoso l'aggravamento della malattia, allora si tratterà di stabilire in che percentuale la condotta del medico ha contribuito all'aggravamento. Supponiamo sia il 30%. Probabilmente non avremmo raggiunto una soglia di certezza sufficiente quanto al nesso di causalità.,

Ma se sostituiamo l'evento danno malattia con la perdita della

come quello della modella, la condotta del danneggiante è causa esclusiva della perdita della probabilità. Vedremo meglio in seguito la rilevanza di tale aspetto.

⁹⁸) Ad esempio, un paziente in certe condizioni, ha, sulla base di una certa statistica, il 30% di possibilità di guarire.

⁹⁹) E non si può dunque dire che, una volta accertata quale fosse tale probabilità va poi indagato il nesso causale, come assume Cass. n. 7195 del 2014.

probabilità di guarire che il paziente aveva, si tratterà pur sempre di stabilire, con il medesimo criterio di prima, se il medico l'ha fatta perdere. Solo che probabilità della causa e probabilità del danno coincideranno, e sarà sufficiente dire quale fosse, in astratto, la probabilità che un paziente in condizioni simili aveva di guarire se trattato correttamente, e siccome la giurisprudenza ritiene che non conta la percentuale di probabilità ai fini della responsabilità, ma conta soltanto ai fini del quantum, è agevole intuire che anche se aveva l'1% di probabilità di guarire il medico ne risponde.