

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/01/2013

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/34456-fattispecie-di-danno-da-perdita-di-chance>

Autore: Riccardo Daniela

Fattispecie di danno da perdita di chance

Fattispecie di *Danno da perdita di chance*

Per *danno da perdita di chance* giurisprudenza ormai consolidata, intende il danno attuale consistente non già nella provata impossibilità di percezione di un mancato guadagno, bensì nella mancata occasione di non aver conseguito un vantaggio economico a seguito del verificarsi del danno stesso.

Questo complicato assioma si incentra fondamentalmente verso due distinti spazi temporali di notevole importanza.

Infatti se da un lato il danno, deve essere certo, dall'altro il vantaggio economico che ne è diretta conseguenza, può essere anche soltanto probabile.

Il termine *chance*, che deriva dal latino *cadentia* (cadere dei dadi), esprime il concetto di “buona probabilità di riuscita” e designa così una tecnica risarcitoria applicabile tanto alla responsabilità patrimoniale, quanto a quella non patrimoniale, alla responsabilità contrattuale e a quella di natura extracontrattuale. Per individuare la responsabilità prodotta da tale tipologia di danno è necessario inquadrare:

- 1) una causa prontamente certa, (ovvero deve necessariamente parlarsi di certezza del danno) e
- 2) una conseguenza consistente nel “mancato vantaggio economico” ovvero tutto ciò che si sarebbe potuto realizzare in assenza dell'evento lesivo.

Il “danno da perdita di chance” ha origini propriamente giuslavoristiche e piano piano è stato riconosciuto dalla giurisprudenza in quasi tutti gli ambiti giuridici.

A partire da questo ambito è stato confermato quale danno produttivo di responsabilità professionale, ad es. : “... se l'avvocato mi avesse dato quel consiglio, probabilmente non avrei perso la causa...” ; “... se il medico avesse fatto quella particolare diagnosi non mi sarei ammalato...”.

Gli esempi sono molteplici ma la difficoltà è sempre stata quella di riuscire a capire nel migliore dei modi quale fosse la giusta collocazione, in quanto il “danno da perdita di chance” si carica di aleatorietà ed incertezza interpretativa.

La figura giuridica della *perdita di chance* è stata da tempo elaborata dalla dottrina francese ed applicata dalle Corti d'oltralpe, mentre, nel nostro sistema giuridico, è stata esplorata soltanto recentemente ed è in continua evoluzione interpretativa.

Per quanto concerne il “*danno da perdita di chance*” produttivo di responsabilità patrimoniale il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n.3243/2011 precisa che “...il danno da perdita di chance consiste in un danno patrimoniale relativo alla perdita non già di un vantaggio economico, bensì della mera possibilità di conseguirlo secondo una valutazione *ex ante* collegata al momento in cui il comportamento illegittimo ha inciso su tale possibilità. Trattasi, pertanto, di un pregiudizio che si configura come danno attuale e risarcibile, semprechè ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, sicchè alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., al contrario diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non la esistenza del danno risarcibile, bensì del suo esatto ammontare. La perdita di chance di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve dunque correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene e, che dunque, il danneggiato ha l'onere di provare. ...”

Perciò la *perdita di chance* è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno stesso.

Con riferimento alla natura patrimoniale della responsabilità derivante da “danno da perdita di chance” spesso si pensava che, parlando di *chance* intesa come “buona probabilità di riuscita” e, quindi, di probabile perdita di un “vantaggio economico”, questa fattispecie lesiva si potesse

associare al “mancato guadagno”.

Si è capito ben presto che mentre ai fini della risarcibilità del “mancato guadagno” si può richiedere al giudice la valutazione per via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. in quanto è necessaria la prova, anche presuntiva, della sua reale esistenza, con riferimento al risarcimento per danno da perdita di chance la prova deve necessariamente essere certa e non presuntiva, la presunzione è concessa solo con riferimento all'effetto del danno ovvero al mancato “vantaggio economico” conseguito e che probabilmente si poteva conseguire in assenza del danno in questione.

Per queste motivazioni oggi è più corretto associare il “danno da perdita di chance” al “lucro cessante” e non al “mancato guadagno”.

A tal proposito esistono due tesi . Una prima _ricostruzione intende il *danno da perdita di chance* come la perdita di un'occasione favorevole rientrante nella voce di danno relativa al lucro cessante.

In tal caso il danno incide su un bene che non esiste nel patrimonio del danneggiato, bensì si configura quale lesione futura, valutata secondo un criterio prognostico che scandaglia la concreta possibilità o secondo alcuni, la reale probabilità, di ottenere quel guadagno.

La seconda tesi considera la *perdita di chance* come danno emergente immediato, in tal caso il danno fa parte del patrimonio del danneggiato ovvero è già esistente., si pensa in questo caso, che la perdita di chance è un bene è una perdita patrimoniale relativa a un bene esistente già nel patrimonio del danneggiato e, per questo, suscettibile di autonoma valutazione.

Entrambe le tesi sono applicate anche se, è preferibile la prima.

Con riferimento, invece, alla natura non patrimoniale della responsabilità del “danno da perdita di chance” questa è di difficile dimostrazione soprattutto perchè accanto alla aleatorietà della configurazione del danno si aggancia la difficile dimostrazione dei requisiti dell'aspetto non patrimoniale del danno di natura esistenziale-biologica-morale.

Le ipotesi più frequenti sono quelle relativa a incidenti stradali, interventi chirurgici con, talvolta, morte del paziente ..

In questi casi la produzione del danno può cagionare da un lato la perdita di un percezione di tipo patrimoniale, dall'altro delle capacità del soggetto leso prontamente tutelabili dall'ambito non patrimoniale.

Il Tribunale di Milano , V sez. civile, con sentenza del 7/05/2012 precisa che : “..... se diminuiscono le chances di assistere alla nascita del figlio e di partecipare alle gioie della paternità insieme alla compagna a causa dell'errore dei medici che hanno errato nella diagnosi e nella cura del padre malato di tumore, privando il futuro padre di quella seppur breve sopravvivenza che gli avrebbe garantito di vedere il proprio figlio fortemente desiderato, l'ospedale deve risarcire per danno da perdita di chance...”

Secondo il giudice, si evince chiaramente che l'errore dei medici ha privato quest'uomo di quel lasso di tempo in più di vita che gli avrebbe potuto far vedere e conoscere il suo futuro figlio.

E' facile perciò comprendere come questa fattispecie di danno sia “mutante” ovvero può assumere caratteri di danno patrimoniale, non patrimoniale, contrattuale o extracontrattuale. L'esempio più comune e ricorrente di danno da perdita di chance con responsabilità di tipo non patrimoniale è quello inerente il c.d. *danno da perdita di chance da survive* in relazione alle probabilità di successo di un intervento corretto, di una diagnosi tempestiva, di una cura esatta e correttamente applicata al paziente.

Esso comprende la dimostrazione reale che il paziente sia stato privato di probabilità di guarire o sopravvivere in percentuali nettamente superiori di quelle relative alla logica probabilistica astratta.

Tutto ciò ha permesso alla giurisprudenza di :

- valutare il danno da perdita di chance di natura non patrimoniale in campo medico/sanitario come un danno autonomo chiamato *danno da perdita di chance da survive*;
- considerare la natura del danno da perdita di chance di tipo non patrimoniale in associazione al danno specificamente individuato quale danno biologico;
- fare prontamente calcoli probabilistici sulla base di percentuali concretamente rapportabili alla produzione del danno e, quindi, dell'evento lesivo.

In ambito medico, la chance serve per valutare in termini percentuali in pregiudizio subito in relazione al nesso causale tra l'errore medico produttivo di un danno e il peggioramento delle condizioni sanitarie o, addirittura, la morte del paziente.

Tema molto delicato che configura responsabilità medica per *danno da perdita di chance da survive* anche soltanto con l'omissione del professionista ovvero un mancato pronto-intervento.

Ovviamente il tutto dovrà essere, dimostrato e valutato anche in senso agli oneri di diligenza professionale propri della classe medica.

Altra casistica nuova e degna di essere menzionata con riferimento al *danno da perdita di chance* è quella che deriva a seguito di illeciti amministrativi.

Spesso il soggetto pubblica amministrazione, nello svolgimento delle sue funzioni può commettere illeciti lesivi di interessi pretensivi cagionanti un danno da perdita di chance.

Per quanto attiene al risarcimento del *danno da perdita di chance* derivante da atti illegittimi della p.a. spesso esso rappresenta un rimedio alternativo o, in alcuni casi complementare, all'annullamento dell'atto.

Compito estremamente difficile del giudice sarà stabilire sull'“*id quod plerumque accidit*” la rilevante probabilità di conseguimento del bene della vita.

In altri termini, riferita all'atto amministrativo illegittimo, la *perdita di chance* assume la dignità di situazione di danno suscettibile di tutela aquiliana, se si presenta come possibilità di realizzazione dell'aspettativa giuridica ad un provvedimento favorevole.

Un importante esempio viene alla luce attraverso una pronuncia del Consiglio di Stato. Esso, con decisione - VI Sezione n. 5323 del 14/09/2006, si fa promotore di un diverso approccio per la questione del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi pretensivi in settori di attività in cui la Pubblica Amministrazione dispone di discrezionalità, tecnica e/o amministrativa.

La soluzione ricercata dal Supremo Organo della Giustizia amministrativa, con particolare attenzione per le esigenze di tutela degli amministrati, passa attraverso la rielaborazione della c.d. chance, istituto non nuovo al diritto amministrativo, ma di cui viene fornita una più compiuta definizione e prospettata, quindi, una più rilevante applicazione in subiecta materia.

In effetti, precedentemente, la discrezionalità della Pubblica Amministrazione, nel determinarsi sulle pretese dei singoli, finiva per rappresentare una barriera invalicabile per il processo logico-giuridico normalmente utilizzato per dare supporto e consistenza alle rivendicazioni risarcitorie per la lesione di interessi legittimi pretensivi.

Tra le tante forme di adozione di provvedimenti illegittimi della p.a. che possono cagionare *danno da perdita di chance* rientrano non soltanto quelle relative a provvedimenti emanati a danno di privati ma anche quelli non emanati a favore ovvero l'esercizio del potere discrezionale al fine di escludere il soggetto privato da gare d'appalto o da concorsi pubblici in modo del tutto non giustificato precludendo così la chance che, partecipandovi e vincendo, il privato potrebbe ottenere un vantaggio economico oltre che un notevole prestigio.

Tante sono perciò le casistiche in cui si può inquadrare tale tipologia di danno, tanti sono gli ambiti giuridici in cui è possibile configurare il “danno da perdita di chance” ma, allo stesso modo, l'estrema generalità con cui si individua, la grande aleatorietà di cui si compone lo rendono di difficile interpretazione.

Evidentemente tutta questa incertezza deriva dai due elementi fondamentali del “danno da perdita di chance” che sono, però, tra loro fortemente contrastanti ovvero: la certezza dell'evento lesivo prodotto e la futura probabilità che in assenza di quel danno vi sarebbe stato un vantaggio economico, ecco così che siamo ritornati al punto di partenza .