

LA PERDITA DI CHANCE NON È UNA MERA ASPETTATIVA

di Maria Mangiatordi

Corte di Cassazione - Sezione Lavoro
Sentenza n. 238

del 26 settembre-10 gennaio 2007

(Pres. Senese - Relatore De Matteis)

*** **

La Cassazione con la sentenza n. 238/07, depositata il 10 gennaio e qui integralmente leggibile negli allegati, è ritornata sul tema del danno non patrimoniale. La questione ha riguardato un lavoratore che durante le operazioni di pulizia della macchina di stampa era rimasto imprigionato con il braccio e ciò determinava lo schiacciamento della mano e dell'avambraccio. Ricorso in sede di merito gli venivano riconosciuti, oltre tutte le spettanze del caso, anche il danno biologico di natura psichica consistente nel danno biologico relativo alla invalidità temporanea e nel danno morale. Avverso tale sentenza è ricorso in Cassazione il datore il quale si doleva dell'errata applicazione da parte del giudice di secondo grado degli articoli 2059 c.c. e 185 c.p. in quanto il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti costituenti reato. La Cassazione, al proposito, ha rilevato come ormai da tempo la risarcibilità del danno non patrimoniale, conseguente alla ingiusta lesione di un interesse della persona, costituzionalmente garantito, non è soggetto ai limiti di cui all'articolo 185 c.p. non necessitando, dunque, della qualificazione del fatto come reato. Inoltre circa il danno derivante da perdita da chance, ha precisato la Corte, essendo una voce patrimoniale capace di

una valutazione economica autonoma, l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo, i presupposti del risultato sperato ed invece impedito dalla condotta illecita. Basterà a tal proposito anche la sola relazione del c.t.u. circa l'incidenza sulla capacità lavorativa. Nel caso, infatti, che si verifichi una tale incapacità il soggetto risulterà privo, per il futuro, della sua capacità di reddito, risolvendosi, dunque, in una perdita patrimoniale.

*** **

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il sig. (...), assunto con contratto di formazione e lavoro dalla s.n.c. (...) di (...) e (...), ha subito il 19 aprile 1989 infortunio sul lavoro (mentre provvedeva alla pulizia della macchina di stampa con i rulli in movimento, rimaneva imprigionato con l'avambraccio sinistro nella macchina, da cui derivava schiacciamento della mano e dell'avambraccio medesimo, con gravi postumi permanenti).

Con ricorso del 27 febbraio 1998 egli ha proposto nei confronti dei sigg. (...) e (...), in qualità di *ex* soci ed *ex* amministratori della società, domanda di danno differenziale, rispetto a quello indennizzato dall'Inail, chiedendo le seguenti voci di danno: danno biologico per inabilità temporanea, danno biologico per inabilità

permanente, danno morale, danno psichico, danno alla capacità lavorativa specifica e perdita di *chances*, rimborso spese mediche.

Il primo giudice ha accolto parzialmente la domanda, escludendo il danno morale, avendo ritenuto la relativa azione prescritta nel termine quinquennale; il danno psichico, quello alla capacità lavorativa specifica ed il rimborso spese mediche, ritenuti non provati.

La Corte di Appello di Brescia, con sentenza n. 283/03, ha emesso le seguenti statuizioni:

1. ha dichiarato la competenza funzionale del giudice del lavoro a conoscere della domanda di danno differenziale;
2. ha dichiarato la legittimazione passiva degli *ex soci* convenuti;
3. ha dichiarato la colpa esclusiva del datore di lavoro nella causazione dell' infortunio, perché i microinterruttori che avrebbero dovuto impedire il movimento dei rulli della macchina tipografica che il lavoratore stava pulendo erano stati disattivati;
4. ha ritenuto il danno morale, richiesto per colpa contrattuale *ex* articolo 2087 cc, soggetto alla prescrizione decennale e pertanto nella fattispecie non prescritto;
5. ha negato il danno per perdita di chance, nonché quello per la perdita di capacità lavorativa specifica e per il danno biologico di natura psichica;
6. ha quantificato il danno in Euro 91.314,55, di cui 11.134,61 per danno biologico relativo alla invalidità temporanea; 53.453,29 per danno biologico relativo alla invalidità permanente; 26.726,65 per danno morale;
7. ha dichiarato la legittimazione passiva degli *ex soci* ad agire contro la compagnia assicuratrice della società in nome collettivo, ora in liquidazione, ed

ha condannato la Società (...) Assicurazioni, chiamata in causa su richiesta del (...) e della (...) a tenerli indenni dalle conseguenze pecuniarie dell' infortunio, nei limiti del massimale di polizza.

Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione il (...) e la (...), con undici motivi.

Si sono costituiti con controricorso il (...) e la Società (...) Assicurazioni; entrambi hanno proposto ricorso incidentale, il primo con sette motivi, la seconda con unico motivo e con ricorso incidentale condizionato.

Il (...) e la (...) hanno depositato controricorso avverso il ricorso incidentale. Gli stessi e la Società (...) Assicurazioni hanno depositato memoria ai sensi dell' articolo 378 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Sul ricorso principale (...) e (...).

I primi sei motivi riguardano la posizione (...), gli altri quattro il rapporto con la Società (...) Assicurazioni, l' undicesimo è non pertinente.

Con il primo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176 e 1218 cc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere affermato il principio che il datore di lavoro, debitore dell' obbligo di sicurezza, avesse l' onere, *ex* articolo 1218 cc, di provare la non imputabilità dell' adempimento. Contestano al giudice d' appello di avere omesso di considerare che l' articolo 1176 cc limita la responsabilità del debitore alla ordinaria diligenza e cioè, per le obbligazioni di mezzi e non di risultato come quella dell' articolo 2087 cc, solo al necessario e non anche al possibile.

Il motivo è infondato.

L' articolo 1176 cc, con l' imporre al debitore la diligenza del buon padre di

famiglia, fotografa in maniera icastica qual è la diligenza che avrebbe dovuto avere il datore di lavoro, nel caso di specie, nei confronti di un giovane assunto con contratto di formazione e lavoro, controllando che i congegni di sicurezza non fossero manomessi.

La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione del principio di diritto ripetutamente affermato in *subiecta materia* da questa Corte, secondo cui la responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'obbligo di sicurezza sancito dall'articolo 2087 cc non ha natura oggettiva e pertanto l'onere della prova del nesso causale tra danno ed inadempimento (nel caso di specie, mancanza delle misure di sicurezza) resta a carico del lavoratore, mentre il datore di lavoro può liberarsi solo dimostrando la non imputabilità dell'evento. Pertanto, poiché risulta accertato, attraverso la ctu svolta nel processo penale e legittimamente acquisita al presente processo civile (*ex plurimis* Cassazione 8096/06), la mancanza delle misure di sicurezza, tocca al datore di lavoro di provare, ai sensi degli articoli 1218, 1176 e 2087, la propria mancanza di colpa (*ex plurimis* Cassazione 3162/02 cit. nella sentenza impugnata, Cassazione 13887/04, 12863/04).

Avendo la sentenza impugnata accertato in positivo la colpa del datore di lavoro, consistente nella negligenza per avere tollerato che i microinterruttori fossero disattivati, con il secondo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2087, 2697, 2727, 2728 e 2729 cc; insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto provata la colpa del datore di lavoro.

Ma trattasi di accertamento di fatto che risulta congruamente motivato.

Con il terzo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2056, 2059, 2087, 2104, cc; 6 e 392 Dpr 547/55, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360 nn. 3 e 5 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso il concorso di colpa del lavoratore.

Anche qui trattasi di un accertamento di fatto, che però svolge una questione di diritto, relativa alla identificazione del tipo di colpa del lavoratore rilevante per escludere o ridurre la colpa del datore di lavoro.

Dalla giurisprudenza di questa Corte (vedi, da ultimo, Cassazione 5493/06) è desumibile il principio di diritto secondo cui in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali si ha concorso di colpa del lavoratore quando lo stesso abbia concorso a cagionare l'evento con comportamenti negligenti o imprudenti ulteriori rispetto a quelli, appartenenti al rischio professionale, le cui conseguenze pregiudizievoli le norme sulla prevenzione infortuni intendono prevenire, con precetti rivolti al datore di lavoro e la cui osservanza è ad esso rimessa. Anche tale motivo deve essere pertanto rigettato.

Con il quarto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 2059, 2087, 2946 e 2947 cc; 185 cp (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere riconosciuto il danno morale soggettivo, mentre il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale da fatti illeciti costituenti reato. Al riguardo è sufficiente notare che il danno differenziale presuppone il fatto reato del datore di lavoro, accertato anche in sede civile. Nel caso di specie il procedimento penale si è concluso con sentenza dibattimentale 2 ottobre 1995-8 marzo 1996 di non doversi procedere per estinzione del reato.

Peraltro la prospettazione dei ricorrenti e la giurisprudenza citata a supporto, risulta datata, ed in contrasto con l'innovativo orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale ha rilevato, a partire dal 2003, che il danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, non è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'articolo 185 cod. pen. e non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della Legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale (Cass., nn. 8827 e 8828/03).

Evoluzione del pensiero giuridico prontamente recepita dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 233/03).

Un altro recente arresto fondamentale è che alla risarcibilità del danno non patrimoniale *ex* articoli 2059 cc e 185 cp non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa, come nel caso di cui all'articolo 2054 cc, debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato (anche questo orientamento, inaugurato da Cass. n. 7282/03 risulta confermato in seguito; da ultimo Cass. n. 15044/05).

L'estensione consequenziale di tali principi alla responsabilità presuntiva *ex* articolo 2087 cc, raccomandata dalla dottrina, è stata operata da Cass. n. 4184/06, la quale ha tratto la conseguenza che in

presenza di una fattispecie contrattuale che come nell'ipotesi del contratto di lavoro, obblighi uno dei contraenti (il datore di lavoro) a prestare una particolare protezione rivolta ad assicurare l'integrità fisica e psichica dell'altro (ai sensi dell'articolo 2087 cc), non può sussistere alcuna incompatibilità tra responsabilità contrattuale e risarcimento del danno morale, siccome la fattispecie astratta di reato è configurabile anche nei casi in cui la colpa sia addebitata al datore di lavoro per non aver fornito la prova liberatoria richiesta dall'articolo 1218 cc.

Con il quinto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2059, 2087, 2697 cc; articolo 185 c.p. ; 115 e 116 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere sottoposto il danno morale allo stesso regime di prova del danno biologico.

Anche questo motivo, che appare derivare dalla tesi della riconducibilità del danno morale solo al reato e quindi la non applicabilità del criterio di ripartizione valida per la responsabilità contrattuale, è doppiamente infondato: perché basato su giurisprudenza (Cass. n. 15133/02) che si deve ritenere superata dall'evoluzione sopra cennata e perché la sentenza impugnata è basata sull'accertamento positivo della colpa del datore di lavoro.

Con il sesto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 2043, 2087, 2059, 2697 cc; 414 n. 5 e 416 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha liquidato il danno biologico per invalidità temporanea in euro 11.134, sul presupposto, erroneo, che i controricorrenti non avessero impugnato la valutazione del primo giudice. Riportano il passo del ricorso in appello, pag. 21, par. 22, nel quale essi deducono: "*quanto al danno biologico da inabilità temporanea, lo stesso, in caso di sussistenza anche di inabilità permanente,*

rientra nella prima. In ogni caso, lo stesso non è stato quantificato dalla ctu".

Affermano inoltre che la prima sentenza aveva quantificato il danno in misura inferiore.

Anche questo ultimo motivo (per la posizione (...)) non è fondato. Esso è inconferente, oltre che erroneo, nella parte in cui pretende l'assorbimento del danno biologico da temporanea in quello da permanente, mentre per quanto riguarda la determinazione operata dal giudice d'appello, questa riferisce la affermazione della mancata contestazione, che il motivo pretende contraria al vero, al danno da "invalidità temporanea" e non già al danno biologico (v. sentenza pagg. 24 e 25).

Con il settimo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 1223, 1224, 1225, 1227, 1882, 1905, 1917, 2043, 2056, 2059, 2087 cc; 112 cpc (articolo 360 n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha limitato la condanna della Società (...) Assicurazioni al massimale di polizza, ritenendo il difetto di *mala gestio*, perché, fino alla decisione del giudizio, era controversa la prescrizione dell'azione. Il motivo è inammissibile, perché la valutazione del giudice del merito circa la insussistenza della *mala gestio* costituisce una valutazione di fatto, nella specie correttamente motivata con la controversia circa la prescrizione dell'azione. Peraltro si deve aggiungere la circostanza, non contestata, che la società presentò alla Società (...) Assicurazioni una falsa denuncia circa le modalità del sinistro, si da giustificare la iniziale resistenza dell'assicuratore. La insussistenza della *mala gestio* comporta il rigetto dei motivi otto e nove.

Con l'ottavo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 1223, 1224, 1225, 1227, 1882, 1905, 1917, 2043, 2056,

(articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui non ha condannato la Società (...) Assicurazioni a pagare la rivalutazione monetaria, e gli interessi legali, anche *ultra vires*.

Con il nono i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1882, 1905 e 1917 cc; 91 e 112 cpc, si dolgono della mancata manleva per le spese processuali in favore del (...) che sono stati condannati a pagare.

Infatti la condanna al pagamento del capitale, Euro 91.314, supera largamente il massimale di polizza, pari a 150 milioni per persona, che costituisce il limite del risarcimento del danno per l'assicuratore, sicché è irrilevante la questione degli interessi legali, della rivalutazione monetaria e delle spese legali, perché questi, pur da ritenersi comprese nella domanda originaria, anche se non espressamente formulati, eccedono il massimale e quindi non sono dovuti per tale motivo, in difetto di *mala gestio*.

Con il decimo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 91 e 112 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere omesso di pronunciare sulla domanda di condanna della Società (...) Assicurazioni a pagare le spese nel rapporto processuale.

Il motivo è infondato.

E' corretta la interpretazione della sentenza impugnata operata dalla controricorrente: il giudice d'appello, partendo dall'erroneo presupposto di una disposta (dal Tribunale) compensazione totale delle spese processuali tra convenuti e la terza chiamata, ha inteso confermare detta compensazione anche per il giudizio di secondo grado, là dove ha così statuito: quanto alla liquidazione delle spese, che viene impugnata con antitetici motivi da tutte le parti, questa appare conforme all'esito della causa.

L'undicesimo motivo è inammissibile

perché, con ogni evidenza, relativo a causa diversa.

2. Sul ricorso incidentale (...).

I primi tre motivi del ricorso incidentale del (...) attengono alle valutazioni della sentenza impugnata circa la mancanza di carattere interruttivo della lettera il giugno 1990 del (...).

Con il primo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 2943 cc (articolo 360, n. 3 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che il contenuto della raccomandata inviata dal medesimo al datore di lavoro in data il giugno 1990 con cui egli si riservava di agire per il risarcimento dei danni patiti in seguito all'incidente del 19 aprile 1989 non aveva carattere interruttivo della prescrizione.

Con il secondo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 420, comma 4, cpc si duole che il primo giudice abbia ritenuto tardiva la capitolazione della prova relativa alla spedizione della lettera di messa in mora dell'11 giugno 1990.

Con il terzo motivo il ricorrente, deduce la violazione e falsa applicazione degli articoli 2087, 1218, 1223, 1225 cc e l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia.

I tre motivi sono inammissibili per difetto di interesse, perché la sentenza impugnata ha ritenuto il diritto non prescritto, in quanto ha applicato alla fattispecie la prescrizione decennale, nella specie non maturata, e ciò indipendentemente dalla interruzione della prescrizione ad opera del (...).

Con il quarto motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1352, 2697, 2752 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria

motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360 nn. 3 e 5 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla perdita di *chance*.

In effetti il danno derivante dalla perdita di *chance* non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione, di cui l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta (Cass. nn. 3999/03, 11340/98, 10748/96).

Nel caso di specie, tuttavia, il motivo, per come prospettato, si risolve nelle conseguenze della riduzione della capacità lavorativa specifica, oggetto del motivo successivo, con cui il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1352, 2697, 2725 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla perdita della capacità lavorativa specifica.

Ricorda che la ctu ha riconosciuto l'incidenza di postumi sulla capacità lavorativa specifica del 20%, e che a seguito dell'infortunio il (...) è stato assunto dalla s.p.a. (...) nella categoria protetta degli invalidi del lavoro. Sarebbe dunque evidente che egli non potrà mai più svolgere l'attività professionale per la quale aveva inseguito specifica qualificazione e sulla base della quale stava lavorando con contratto di formazione e lavoro.

Il motivo è fondato, sia sotto il profilo del danno patrimoniale, sia di quello biologico. L'illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona può dar luogo a

due distinte voci di risarcimento, rispettivamente a titolo di danno biologico e di danno patrimoniale per la riduzione della capacità

lavorativa specifica; pertanto il giudice è tenuto a verificare se le lesioni accertate, oltre ad incidere sulla salute del soggetto, abbiano anche ridotto la sua capacità lavorativa specifica, con riduzione, per il futuro, della sua capacità di reddito (Cass. n. 4020/06).

La stessa sentenza impugnata ha accertato, oltre i danni estetici, quelli funzionali, consistenti nella riduzione dei movimenti di estensione e prosupinazione del gomito e limitazione di circa 2/3 dei movimenti di flessione, abduzione e adduzione del primo dito della mano; ridotta anche la formazione del pugno, con deficit complessivo di forza prensile e del movimento a pinza del pollice con la altre dita.

È interesse del ricorrente offrire, in sede di rinvio, la prova più precisa della entità del danno patrimoniale da riduzione della capacità lavorativa specifica, ma questo è già di per sé presumibile dalla descrizione della sentenza impugnata sopra riportata e dalla circostanza di lavorare con collocamento obbligatorio presso altra ditta.

Con il sesto motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1218, 1223, 1225, 2697, 2087 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc) censura la sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto il danno di natura psichica esistenziale quale voce autonoma.

Il motivo non è fondato, in quanto i riflessi di natura psichica-esistenziale sono già compresi nella voce di danno di cui al motivo che precede.

Con il settimo motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 91 cpc (articolo

360, n. 3 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto corretta la liquidazione delle spese processuali operata dal primo giudice, nonostante le specifiche critiche dell'atto di appello.

Il motivo non è fondato.

In tema di liquidazione delle spese processuali, il giudice, in presenza di una nota specifica prodotta dalla parte vittoriosa, non può limitarsi ad una globale determinazione, in misure inferiori a quelle esposte, dei diritti di procuratore e degli onorari di avvocato, ma ha l'onere di dare adeguata motivazione della eliminazione o della riduzione di voci da lui operata, allo scopo di consentire, l'accertamento della conformità della liquidazione a quanto risulta dagli atti ed alle tariffe, in relazione alla inderogabilità dei relativi minimi, a norma dell'articolo 24 della legge n. 794/42 (Cass. nn. 11483/02, 10864/98).

Dalla finalità sopra precisata deriva che la parte che si dolga in Cassazione della mancata motivazione, ha l'onere di precisare se e in che misura siano stati violati i minimi tariffari.

3. Sul ricorso incidentale (...)

Con unico motivo di ricorso incidentale la Società (...) Assicurazioni, deducendo la nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli articoli 81 cpc, 2312, 2304, 2298 e 2310 cc (articolo 360, n. 31 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto la legittimazione attiva del (...) e della (...) a far valere giudizialmente la garanzia assicurativa prestata dalla Compagnia in favore della società in nome collettivo.

Rileva che le società di persone non si estinguono in seguito alla formale cancellazione dal registro delle imprese.

Il motivo è infondato.

La stessa Società (...) Assicurazioni

riconosce, nella memoria *ex* articolo 378, che la polizza garantisce la responsabilità patrimoniale dei soci quale conseguenza della loro partecipazione a società di persone. Legittimato a far valere la garanzia è il beneficiario, cioè l'assicurato e non solo lo stipulante.

Va infine respinto il ricorso incidentale della Società (...) Assicurazioni condizionato all'accoglimento di motivi, che sono stati invece respinti.

Provvedimenti consequenziali come in dispositivo.

PQM

Riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale della Società (...) Assicurazioni, accoglie il quinto motivo del ricorso incidentale del (...), respinti gli altri, cassa la sentenza impugnata limitatamente al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Milano.

(Omissis)

*** **

- NOTA -

Sommario: 1. La nozione di danno da perdita di chance - 2. Il danno da perdita di chance nell'evoluzione giurisprudenziale - 3. La perdita di chance nel diritto del lavoro - 4. La cassazione rafforza la tutela della perdita di chance - 5. L'onere probatorio.

1. La nozione di danno da perdita di chance

Il danno da perdita di chance ha alle spalle una storia piuttosto recente. Infatti, esso viene riconosciuto per la prima volta dalla Suprema Corte nel 1983, quando ha affermato il principio secondo cui "Poichè il concetto di

*perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. si riferisce a qualsiasi utilità economicamente valutabile, è risarcibile il danno derivante dalla perdita di una chance, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito dell'azienda, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito."*¹.

La Cassazione si era trovata di fronte alla situazione in cui alcuni lavoratori, avviati dall'ufficio di collocamento in base a richiesta numerica, non erano stati sottoposti dal datore alle successive prove, al fine di conseguire il risultato utile consistente nell'assunzione.

I giudici di legittimità hanno ritenuto che i lavoratori avessero acquistato un diritto soggettivo all'assunzione, motivo per cui "qualora questa venga rifiutata senza che agli interessati sia stato consentito di sottoporsi a tali accertamenti, il datore di lavoro (autore della richiesta) incorre in responsabilità per culpa in contrahendo, poichè il frapposto impedimento al regolare compimento della procedura di assunzione costituisce violazione dell'obbligo *ex art. 1337 c.c.* di comportamento secondo buona fede nello svolgimento dell'attività prodromica alla conclusione del contratto e genera un danno risarcibile consistente nella compromissione della possibilità di conseguire un risultato favorevole a seguito di dette prove od esami ovvero nella perdita della possibilità di concludere con terzi il contratto arbitrariamente rifiutato senza il preventivo espletamento delle prove stesse: danno che

¹ Cass. civ., Sez. lav., 19 novembre 1983 n. 6906.

nell'eventualità di una difficile dimostrazione resta affidato all'apprezzamento con criteri equitativi ex art. 1226 c.c."

Il danno da perdita di chance si configura quale fattispecie molto discussa in dottrina, soprattutto in virtù della sua natura inizialmente identificata in una aspettativa di mero fatto, motivo per cui veniva ritenuta non meritevole di riconoscimento né, men che meno, di risarcimento². Tale orientamento trovava il proprio fondamento nella idea secondo cui la responsabilità civile è concepibile come tutela dei soli diritti soggettivi assoluti e nella c.d. teoria della colpa secondo cui il risarcimento del danno è dovuto solo in presenza di un collegamento certo tra condotta ed evento, situazione questa nella quale è possibile dimostrare la colpevolezza dell'agente.

La teoria della colpa è stata successivamente superata dalla dottrina più moderna, la quale ha precisato che la responsabilità civile non può essere legata alla teoria della colpa.

Tutto ciò ha avuto effetti inevitabili in relazione al risarcimento del danno, tanto che si è chiarito che l'ingiustizia deve essere riferita al danno e non alla condotta o al fatto.

Si è quindi assistito ad un mutamento di ottica: la funzione della responsabilità civile non è più individuata in maniera predominante in quella sanzionatoria, ma piuttosto in

quella di protezione di situazioni soggettive, con la precisazione che quest'ultima espressione deve essere interpretata non restrittivamente - e quindi con esclusivo riferimento ai diritti soggettivi assoluti - ma in maniera estensiva³. Secondo tale interpretazione, anche la perdita di chance può essere risarcita quale danno autonomo suscettibile di valutazione economica, in quanto perdita attuale di un miglioramento patrimoniale futuro.

Infatti, il danno patrimoniale ingiusto è dato dalla lesione di interessi economici che il danneggiato subisce in conseguenza del fatto-atto altrui che sia titolo di responsabilità⁴.

Il danno risarcibile - che si compone di due voci distinte e cioè "danno emergente" e "lucro cessante"⁵ - non è limitato alla reintegrazione della lesione/pregiudizio subiti da un bene concreto, ma si estende anche a situazioni giuridiche soggettive presenti nel patrimonio giuridico del danneggiato, sia come situazioni astratte, sia nella forma di stadi intermedi.

In altri termini oggetto della tutela

³ *Ex multis*, F. MASTROPAOLO, *Enciclopedia del diritto*, Treccani, - voce danno, vol. III, risarcimento del danno, p. 5, il quale chiarisce che "il danno può riguardare i beni patrimoniali come quelli non patrimoniali".

⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1999, p. 673.

⁵ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, Scialoja - Bianca, 1970, p. 236: "... si ha "danno emergente" ogni volta che si assiste alla violazione dell'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione degli altri beni che integrano in atto il suo patrimonio; il "lucro cessante" si identifica con quell'incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l'utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione del contratto risoluto.

² In linea con tale orientamento è la posizione di BUSNELLI, *Diritto e Obbligazioni*, 1989, Torino, p. 719 - secondo cui "la chance è un'aspettativa di mero fatto priva del collegamento materiale tra condotta ed evento richiesto dall'art. 1223 c.c.". Da ciò deriverebbe l'impossibilità di risarcire il danno da perdita di chance.

risarcitoria è il bene giuridico non riducibile al bene materiale, motivo per cui non solo i diritti assoluti possono essere tutelati attraverso il risarcimento del danno ma anche altre e diverse situazioni soggettive, ivi inclusa la perdita di *chance* intesa come perdita della possibilità concretamente esistente nel patrimonio del danneggiato di conseguire ulteriori vantaggi economici.

Da quanto detto emerge che la tutela accordata alla perdita di *chance* risponde più che all'esigenza di tutelare le probabilità perdute a quella di valutare un comportamento imposto dalla legge: il dovere di correttezza e buona fede nelle obbligazioni ex art.1175 c.c. e nelle trattative ex art.1337 c.c.; l'ordinaria diligenza ex art.1176 c.c. o, ancora, con riferimento al secondo comma la colpa professionale nonché l'obbligo del professionista di informare l'assistito delle possibilità di conseguire il risultato⁶.

In riferimento a quest'ultimo profilo, la Corte d'Appello di Milano ha asserito che: *“La valutazione in ordine all'adempimento dell'avvocato dell'obbligazione conseguente all'incarico professionale conferitogli non attiene solo al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge una indagine volta a verificare ancor prima l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale ed in particolare del dovere di diligenza, essendo ricompresi nell'ambito di quest'ultimo i doveri di sollecitazione, di dissuasione e di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto*

*sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento”*⁷.

Il danno da perdita di *chance* viene così ricondotto nell'alveo della tutela ex art. 2043 c.c., con la precisazione che la liquidazione può avere luogo secondo le modalità e i parametri previsti dagli articoli 1226 e 2056 c.c..

Nel caso in cui non sia possibile determinare il danno ai sensi di detti articoli, sarà compito del giudice procedere ad una valutazione equitativa che tenga conto di presunzioni, elementi indiziari e calcolo di probabilità.

2. Il danno da perdita di *chance* nell'evoluzione giurisprudenziale

E' merito soprattutto della giurisprudenza giuslavoristica se oggi, dopo vari tentennamenti protrattisi nel tempo, la perdita di *chance* ha trovato piena cittadinanza nel mondo giuridico e, in particolare, nell'ambito della tutela risarcitoria.

Infatti, a lungo la giurisprudenza ha pronunciato sentenze nella quali si è proclamata la non risarcibilità del danno derivante da perdita di *chance*, poiché danno meramente potenziale, di non sicura dimostrazione e, quindi, non suscettibile né di valutazione né di liquidazione equitativa.

Successivamente, l'orientamento è radicalmente mutato tanto che la Suprema Corte ha asserito che la c.d. “perdita di *chance*” costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, come tale risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, la sussistenza

⁶ Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1998 n. 1998.

⁷ Corte d'Appello Milano, Sez. I, 3 maggio 2006; sul punto si veda anche Trib. Bologna, Sez. II, 7 aprile 2006.

di un valido nesso causale tra il fatto o atto lesivi e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno⁸.

Quanto all'onere probatorio, la Cassazione ha precisato che *“Al fine di ottenere il risarcimento per la perdita di una chance è necessario provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”*⁹.

In una pronuncia precedente si è precisato che *“Nell'ipotesi di inadempimento del datore di lavoro che abbia comportato la perdita della chance di promozione, il danno risarcibile al lavoratore va ragguagliato alla probabilità di conseguire il risultato utile - al qual fine è sufficiente la ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole (non necessariamente superiore al 50%)- e può essere determinato applicando al parametro costituito dalle retribuzioni che sarebbero spettate in caso di promozione un coefficiente di riduzione che tenga conto di quella probabilità, oppure, ove questo o altro criterio risulti di difficile utilizzazione, ricorrendo alla valutazione equitativa”*¹⁰.

Ancora, la Suprema Corte ha affermato il diritto al risarcimento del danno per il dipendente pretermesso *“ove da questi sia fornita la prova della sussistenza di un nesso causale tra la sua mancata promozione e l'inadempimento del datore di lavoro”*¹¹.

La stessa Corte aveva già precisato la necessità di fornire la prova della violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare criteri di correttezza e buona fede nell'espletamento del concorso, nonché dell'inadempimento dei doveri di obiettività nella valutazione¹².

La risarcibilità del danno da perdita di chance viene proclamata solennemente dalle Sezioni unite nel 1993 nella pronuncia n. 2667, nella quale si specifica che *“Il risarcimento di una legittima aspettativa non significa affermare la risarcibilità di una posizione soggettiva di minore consistenza rispetto al diritto soggettivo, bensì la risarcibilità del danno futuro”*¹³.

In quella stessa sede la *“perdita di chance”* viene qualificata come *“perdita di una possibilità attuale”, “lesione di un diritto e non di una mera aspettativa di fatto”,* come per anni la stessa giurisprudenza aveva asserito.

Successivamente l'orientamento giurisprudenziale si è consolidato in tal senso e, ad oggi, non è stato oggetto di ripensamenti, come dimostrano le ultime pronunce di merito¹⁴ e di legittimità enucleatesi in materia.

3. La perdita di chance nel diritto del lavoro

La perdita di chance nel diritto del lavoro si presenta sotto forme molteplici e differenziate, come la casistica dimostra.

Una prima manifestazione è data

⁸ Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1998 n. 1998.

⁹ Cass. civ., Sez. lav., 2 dicembre 1996 n. 10748.

¹⁰ Cass. civ., Sez. lav., 22 aprile 1993 n. 4725.

¹¹ Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 1994 n. 158.

¹² Cass. civ., Sez. lav., 9 aprile 1993 n. 4295.

¹³ Cass. civ., SS. UU. 5 marzo 1993 n. 2667.

¹⁴ *Ex multis*, Trib. Acerenza, 6 giugno 2006; Trib. Teramo, 11 febbraio 2006.

dalla mancata conclusione del contratto di lavoro a seguito del comportamento illecito del futuro datore di lavoro. A tal proposito, la Cassazione ha statuito che *“E' risarcibile il danno da perdita di una chance, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito del datore di lavoro, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito”*¹⁵.

E' evidente come la Suprema Corte abbia configurato la perdita di chance come perdita di possibilità di conseguire un risultato utile, identificabile nel diritto a sostenere gli ulteriori esami per ottenere il posto di lavoro e non, invece, nel diritto al posto di lavoro.

Ancora, la perdita di chance può consistere nella violazione di precisi obblighi contrattuali da parte del datore di lavoro. Caso ricorrente nella prassi è il danno da demansionamento. A tal proposito è emblematica la pronuncia del Tribunale di Milano secondo cui l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori costituisce una evidente violazione dell'art. 2103 c.c. e comporta una perdita di possibilità, consistente nella mancata valorizzazione della professionalità nonché nell'impossibilità di crescere professionalmente¹⁶.

Inoltre, si pensi alle ipotesi di mancata promozione nelle quali il danno causato dall'inadempimento del datore di lavoro è identificabile nella perdita di probabilità di conseguire il risultato utile¹⁷. A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha

precisato che il danno da perdita di chance può essere determinato applicando al parametro costituito dalle retribuzioni che sarebbero state percepite un coefficiente di riduzione che tenga conto delle probabilità di promozione che il concorrente aveva prima della selezione. Nel caso in cui tale criterio risulti di difficile utilizzazione, si può ricorrere alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.¹⁸.

Da ultimo, è stata configurata la perdita di chance nei casi di danno al lavoratore a seguito di sinistro. La giurisprudenza di merito ha statuito che *“Nell'ambito del risarcimento del danno provocato da un fatto illecito, la perdita di una chance (nella fattispecie derivante dalla mancata esecuzione di un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa a seguito di sinistro stradale) trova ristoro come danno indiretto a titolo di lucro cessante”*¹⁹.

L'analisi della evoluzione giurisprudenziale sinteticamente su riportata permette di asserire che il danno da perdita di chance si collega, a seconda delle situazioni, al danno che scaturisce dalla violazione di obblighi di diversa natura, quali la diligenza professionale, le regole di buona fede e correttezza contrattuale, nonché il dovere di protezione dell'incolumità altrui. Si è così resa possibile ed effettiva la tutela di situazioni che, diversamente, resterebbero prive di tutela.

4. La cassazione rafforza la tutela della perdita di chance

¹⁵ Cass. civ., Sez. lav., 19 novembre 1983 n. 6906.

¹⁶ Trib. Milano, 26 agosto 1996.

¹⁷ Cass. civ., Sez. lav., 22 aprile 1993 n. 4725.

¹⁸ Cass. civ., Sez. lav., 1987 1 aprile n. 3139; Cass. civ., Sez. lav. 17 aprile 1990 n. 3183.

¹⁹ Trib. Forlì, 5 dicembre 1989.

La Suprema Corte è nuovamente intervenuta in materia con una recente pronuncia.

La questione ha come protagonista un lavoratore che durante le operazioni di pulizia della macchina di stampa era rimasto imprigionato con il braccio, con conseguente schiacciamento della mano e dell'avambraccio. Il datore ha proposto ricorso per cassazione contro il riconoscimento in sede di merito del danno biologico di natura psichica - consistente nel danno biologico relativo alla invalidità temporanea e nel danno morale. Egli ha eccepito l'errata applicazione da parte dell'organo giudicante di secondo grado degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., sostenendo che il danno non patrimoniale sarebbe risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti che costituiscono reato.

La Suprema Corte ha in primo luogo rilevato che, ormai da tempo, la risarcibilità del danno non patrimoniale che sia conseguenza di un ingiusta lesione di un interesse alla persona costituzionalmente garantito non è soggetto ai limiti ex art. 185 c.p., motivo per cui non risulta essere necessaria la qualificazione del fatto come reato²⁰.

A tal proposito, è eloquente la sentenza n. 9801/2005 nella quale si afferma che *“Nell'ambito dell'art. 2059 c.c. trovano collocazione e protezione tutte quelle situazioni soggettive relative a perdite non patrimoniali subite dalla persona per fatti illeciti determinanti un danno ingiusto e per la lesione di valori costituzionalmente protetti o specificamente tutelati da leggi speciali, non riguardando il rinvio recettizio dello stesso art. 2059 c.c. ai*

²⁰ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003 nn. 8827 e n. 8828; Trib. Milano, 18 luglio 2005.

casi determinati dalla legge le sole ipotesi del danno morale soggettivo derivante da reato, ma valendo esso ad assicurare la tutela anche della lesione di diritti fondamentali della persona, atteso che in forza del rilievo costituzionale di tali diritti il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla loro lesione non è soggetto alla riserva di legge posta dalla norma richiamata”²¹.

Tanto precisato, con riferimento al danno da perdita di chance la Cassazione ha ribadito che siffatto danno *“Non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione di cui l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”²².*

E' evidente come siffatta pronuncia rappresenti un'ulteriore conferma di un orientamento che può dirsi ormai consolidato.

5. L'onere probatorio

La pronuncia in esame è importante non soltanto perché ha ribadito il principio secondo cui la perdita di chance non può essere riduttivamente considerata “mera aspettativa” ma anche perché ha specificato le modalità secondo le quali assolvere all'onere probatorio incombente sul soggetto che agisca in sede risarcitoria.

²¹ Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 2005 n. 9801.

²² Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2007 n. 238.

La Suprema Corte²³ a quest'ultimo proposito ha precisato che, dal momento che *“L'illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona può dar luogo a due distinte voci di risarcimento, rispettivamente a titolo di danno biologico e di danno patrimoniale per la riduzione della capacità lavorativa specifica”*, allora *“il giudice è tenuto a verificare se le lesioni accertate, oltre ad incidere sulla salute del soggetto, abbiano anche ridotto la sua capacità lavorativa specifica, con riduzione, per il futuro, della sua capacità di reddito (Cass. 4040/2006)”*.

Quindi, nel caso di specie ha ritenuto raggiunta la prova, giacché la consulenza tecnica di ufficio - espletata nel giudizio di merito - aveva permesso di accertare non solo i danni estetici, ma anche quelli funzionali.

I giudici di legittimità, infatti, ribadendo il principio secondo cui *“E' interesse del ricorrente offrire, in sede di rinvio, la prova più precisa della entità del danno patrimoniale da riduzione della capacità lavorativa specifica”*, giungono alla conclusione che, nella fattispecie in esame, proprio in virtù delle risultanze della consulenza tecnica espletata nel precedente grado di giudizio, il danno patrimoniale *“è già di per sé presumibile della descrizione della sentenza impugnata sopra riportata e dalla circostanza di lavorare con collocamento obbligatorio presso altra ditta”*.

Proprio perché l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo, i presupposti del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, la Suprema Corte ritiene che

anche la relazione del consulente tecnico d'ufficio possa essere sufficiente sul piano probatorio per dimostrare l'incidenza della condotta illecita.

L'orientamento ormai prevalente in giurisprudenza - confermato anche dalla pronuncia in esame - non può non essere oggetto di valutazione positiva.

Si è giunti, tramite un percorso non semplice, a rovesciare l'ottica inizialmente vigente in materia e quindi a considerare la perdita di chance non più come mera aspettativa, in quanto tale non meritevole di tutela, ma *“quale entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione”*.

La scelta fatta in tal senso dalla giurisprudenza, supportata anche da gran parte della dottrina, garantisce una ulteriore e più efficace tutela dell'individuo, inteso in senso lato nell'accezione di *“personalità umana”*.

Non si può, infatti, non riflettere sulla circostanza che il rispetto degli obblighi di buona fede, di diligenza e di tutela dell'incolumità fisica altro non è se non una delle forme in cui si manifesta concretamente il disposto sancito solennemente nell'art. 2 della Carta Costituzionale, norma questa che non si limita a riconoscere ma anche a garantire i diritti inviolabili dell'uomo e che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Emerge, allora, in maniera evidente il valore positivo di siffatto orientamento giurisprudenziale che consente di evitare, almeno nelle situazioni riconducibili all'astratta fattispecie di cui si è sin qui discusso, di ritrovarsi dinnanzi a diritti

²³ Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2007 n. 238.

proclamati ma non attuati, come purtroppo spesso accade nel mondo giuridico.