

Omaggio a Enrico Pusterla

Temi scelti in ambito di diritto
civile, diritto penale minorile
e assistenza sociopsichiatrica

Marco Armati
Marco Borghi
Maria Silva Ceppi
John Dell'Oro
Marco Frigerio
Sonia Giamboni
Cinzia Lehmann-Belladelli
Reto Medici
Rossana Romanelli Bellomo
Matteo Salvadè
Curzio Toffoli

Stampato presso le Strutture carcerarie del Cantone Ticino,
con il sostegno del Dipartimento delle Istituzioni,
Divisione della Giustizia

Distribuito a cura del Dipartimento delle Istituzioni,
Divisione della Giustizia

Coordinamento: Matteo Salvadè
Allestimento: Brunello Ponti

© 2020 – Proprietà letteraria degli autori dei contributi

Sommario

<i>Un omaggio a 35 anni dedicati alla giustizia</i>	5
MARCO ARMATI	
<i>Ordinanza 2 COVID 19 e obbligo contrattuale di pagare la pigione: tesi a confronto</i>	7
MARCO BORGHI	
<i>La Legge sociopsichiatrica: una legge pionieristica tra recrudescenze custodialistiche e prospettive incerte</i>	15
MARIA SILVA CEPPI	
<i>Ascolto del minore: uno stimolo al rispetto dei diritti del bambino</i>	25
JOHN DELL'ORO	
<i>Ripartizione del rischio civile in ambito di falsificazione di ordini bancari</i>	31
MARCO FRIGERIO	
<i>Del rispetto reciproco tra giudice ed avvocato</i>	37
SONIA GIAMBONI	
<i>L'autorità parentale – limiti e restrizioni</i>	41
CINZIA LEHMANN-BELLADELLI	
<i>La mediazione: un percorso per ricostruire legami</i>	49
RETO MEDICI	
<i>La legge federale sul diritto penale minorile nella pratica ticinese</i>	59
ROSSANA ROMANELLI BELLOMO	
<i>Le molestie sessuali sul posto di lavoro</i>	69
MATTEO SALVADÈ	
<i>Prova peritale e massima attitatoria</i>	83
CURZIO TOFFOLI	
<i>Litigation Risk Analysis: come aiutare i clienti a prendere decisioni migliori</i>	89

Un omaggio a 35 anni dedicati alla giustizia

La pubblicazione della presente raccolta di contributi giuridici avviene in occasione della cessazione dell'attività di Enrico Pusterla quale Pretore della Giurisdizione di Mendrisio-Sud, dopo ben trentacinque anni di attività. Si tratta di un'occasione il cui rilievo si è ritenuto idoneo sottolineare con una serie di brevi contributi dedicati ad alcune delle tante materie che hanno occupato Enrico nei suoi sette lustri di attività quale giusdicente.

Questo piccolo omaggio è prima di tutto l'occasione per esprimere a Enrico la gratitudine e l'apprezzamento – che non è solo degli autori dei contributi che seguono – per l'impegno, la passione e la sensibilità che ha sempre garantito nello svolgimento delle sue funzioni. I vari contributi trattano di temi che spaziano dal diritto civile, in relazione all'attività di Enrico quale Pretore, al diritto penale minorile – essendo egli per tanti anni stato attivo pure quale Presidente del Tribunale dei minorenni – fino alle tematiche connesse alla Legge sull'assistenza sociopsichiatrica, in considerazione della sua apprezzata attività quale Presidente della relativa Commissione giuridica.

I contributi di questa raccolta sono stati redatti da numerosi professionisti attivi nel contesto giuridico con funzioni diverse, che negli anni, a diverso titolo, hanno avuto modo di collaborare con Enrico e che gentilmente ed entusiasticamente si sono resi disponibili a rendergli questo omaggio. Essi, oltre alla sua professionalità, hanno in particolare apprezzato la sua sensibilità e la sua indulgenza; qualità autentiche, che egli ha sempre spontaneamente integrato nello svolgimento delle diverse funzioni ricoperte.

Oltre che per le sue pittoresche e simpatiche cravatte – che hanno sovente strappato un sorriso anche alle più litigiose parti in causa – l'attività di Enrico sarà certamente ricordata per il pragmatismo con cui egli ha sempre affrontato le migliaia di procedimenti che ha presieduto, integrato dalla sua capacità di agevolare e stimolare una composizione transattiva delle controversie, così come per il sentimento di solidarietà umana che egli ha sempre saputo far confluire in procedure altrimenti, per loro natura, asettiche e formali.

Sarebbe poi omissivo non menzionare le molteplici attività aggiuntive che Enrico si è sempre reso disponibile ad assumere, nell'interesse del Cantone e non solo. In particolare, egli è stato uno dei pionieri dell'introduzione dell'informatica giuridica nel Cantone, con lo sviluppo del fondamentale progetto AGITI. A tutt'oggi egli è attivo – e si auspica vivamente continuerà ad esserlo – nei gruppi di lavoro federali e cantonali per una digitalizzazione completa della giustizia, ovvero il cosiddetto progetto *Justitia 4.0*.

Infine, un cenno va pure dedicato al suo costante impegno nella formazione dei giuristi ticinesi. Oltre ai numerosi contributi in contesti di formazione continua, in trentacinque anni di Pretura, Enrico ha visto passare per i suoi uffici un grande numero di alunni giudiziari che, oltre ai simpatici momenti di condivisione durante le “pause caffè”, lo ricordano per la grande disponibilità e per il tempo che ha loro dedicato.

Le persone che negli anni hanno conosciuto ed apprezzato Enrico sono dunque innumerevoli e tanti di più avrebbero potuto essere anche i partecipanti al presente omaggio, che tuttavia, per ragioni editoriali, ha dovuto essere limitato nella sua ampiezza. A tal proposito un ringraziamento sentito va alla Divisione della giustizia ed alla sua Direttrice, avv. Frida Andreotti, per il sostegno che ha permesso il concretizzarsi di questo progetto, nonché a Brunello Ponti, per il lavoro di allestimento garantito. Così come chiaramente agli autori dei vari contributi qui raccolti: pagine di diritto che si auspica possano essere gradite ed apprezzate da Enrico, quale tangibile attestazione di stima e gratitudine.

Litigation Risk Analysis: come aiutare i clienti a prendere decisioni migliori

*Curzio Toffoli**

1. Introduzione
2. Il divario: “*Law in the Books*” vs. “*Law in Action*”
3. Colmare il divario: costruire un'analisi del rischio del contenzioso
 - 3.1. I fondamentali: “Rischio”, “Valore atteso” e “Probabilità”
 - 3.2. Lo strumento: gli “Alberi decisionali”
 - 3.3. Un esempio (apparentemente) triviale
4. Conclusione: Esiti vs. Decisioni

“Everything is vague to a degree you do not realize till you have tried to make it precise”
(Lord Bertrand RUSSELL, *The Philosophy of Logical Atomism*, 1918-19)

“When you can measure what you are speaking about, and express it in numbers, you know something about it; but when you cannot measure it, when you cannot express it in numbers, your knowledge is of a meagre and unsatisfactory kind; it may be the beginning of knowledge, but you have scarcely, in your thoughts, advanced to the stage of “science”, whatever the matter may be”
(Lord William T. KELVIN, *Electrical Units of Measurement*, 1883)

“But to us, probability is the very guide of life”
(Bishop Joseph BUTLER, *The Analogy of Religion*, 1736)

1. Introduzione

Come dalla sua scranna il Pretore Pusterla saggiamente amava ricordare alle parti, il grande paradosso del contenzioso civile è, in ultima analisi, che esso si fonda su di un'attività interamente consensuale¹. Una causa giudiziaria è possibile unicamente quando sia l'attore che il convenuto “concordano” almeno su di un punto: che i costi,

* Lic. iur. HSG, Master of Advanced Studies (SUPSI) in Tax Law, Avvocato. Segretario assessore del Pretore Pusterla dal 1997 al 2003.

¹ Ne sono espressione procedurale gli art. 208 e 241 CPC.

diretti e indiretti, del “processare” sono superati dai benefici percepiti². Ma è impossibile affrontare in modo “efficiente” un percorso processuale – *i.e.* decidere in modo *razionale* se affrontarlo o meno; e, se sì, in che modo e in che misura investire le risorse disponibili – senza prima *effettivamente capire, realisticamente quantificare ed efficacemente comunicare* i rischi che vi sono connessi.

Permettere queste valutazioni in modo sistematico, rigoroso e neutrale è lo scopo della cd. *Litigation Risk Analysis*³, disciplina che applica i metodi dell'analisi decisionale e del rischio alla gestione del contenzioso, e che può essere utilmente impiegata nella pratica quotidiana (sebbene, non lo si nega, solo dopo un certo sforzo ed esercizio) per comprendere, ottimizzare e comunicare il processo di gestione del rischio del contenzioso giudiziario, e non solo.

Sfortunatamente, entrare anche solo cursoriamente nei presupposti economici, matematici, psicologici, e epistemici sottesi a questa potente metodologia esorbita – sebbene son convinto sarebbe stata cosa gradita al festeggiato – dalle severe costrizioni di spazio assegnate a questo contributo, la cui ambizione non è certo quella di fornire risposte – non dico esaurienti, ma nemmeno in qualche misura soddisfacenti – quanto unicamente quella di enunciare il tema e (forse) sollecitare la curiosità degli addetti ai lavori; avvocati, ma anche conciliatori e magistrati⁴.

2. Il divario: “*Law in the Books*” vs. “*Law in Action*”

La pratica della legge è essenzialmente un’impresa predittiva. Il lavoro dell’avvocato consiste nell’esaminare il rilevante materiale fattuale e legale del suo cliente, per pronosticare come (presumibilmente) un tribunale applicherà la legge a questi specifici fatti (ossia, prevedere gli *esiti*). Ciò è particolarmente evidente nel cd. “*contenzioso*”, civile ma non solo, la cui pratica comporta l’esercizio del giudizio in situazioni *complesse*, caratterizzate da *molteplici incertezze*, nelle quali le comuni distorsioni cognitive decisionali giocano un ruolo riconosciuto e ampiamente

² Se i *costi diretti* (tipicamente le spese giudiziarie, art. 95 CPC) sono tangibili e facilmente “perimetrabili”, molto diverso (più complicato, ma comunque possibile) è il discorso per quelli *indiretti*.

³ Analisi del rischio del contenzioso (anche *Litigation Risk Assessment*).

⁴ Si tratta infatti di un metodo utile a, e utilizzabile da tutti gli “operatori di giustizia”. Per scrivere questo articolo mi sono basato: sui fondamentali contributi di uno dei primi e più attivi studiosi del tema, l’avv. Marc B. VICTOR (liberamente scaricabili dal suo sito web: www.litigationrisk.com); sull’articolo (pure facilmente rinvenibile nel *web*, di agevole lettura e zeppo di preziosi rinvii ad ulteriore letteratura) di Michaela KEET, *Litigation Risk Assessment: A Tool to enhance Negotiation* – in: *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 19, 2017; oltre che sul (recente) volume di Jörg RISSE e Matthias MORAWIETZ, *Prozessrisikoanalyse. Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen*, Monaco 2017.

studiato⁵. La necessità di “gestire il rischio” è quindi una dimensione inerente al compito – e al ruolo etico – dell’avvocato⁶. Non per caso, la specifica disciplina professionale (art. 12 lett. a LLCA), deontologica (art. 2 cpv. 1 e art. 9 CSD), e le – in larga misura – applicabili norme sul mandato (art. 394 segg. CO) impongono all’avvocato di esporre al proprio cliente in modo trasparente – *i.e.* in maniera completa, esatta e tempestiva – le difficoltà, i rischi e le opportunità che ogni vertenza (fisiologicamente) comporta; chiarendo fin dall’inizio le reciproche aspettative, delineando un vero e proprio “profilo di rischio” del cliente e, non da ultimo, documentando tutti questi aspetti in modo adeguato⁷. Cosa poi (concretamente) questi fondamentali ed estesi obblighi comportino, rispettivamente *come* (metodologicamente) debbano essere affrontati dall’avvocato – *i.e.* come i rischi debbano essere identificati, quantificati, gestiti, documentati e comunicati – sono, alle nostre latitudini, temi ben poco esplorati⁸.

Gli avvocati, orfani di modelli pratici e di semplice utilizzo, possono sì valutare e comunicare i rischi del contenzioso, ma lo fanno in genere tramite approcci intuitivi e aneddotici – non idonei a includere nell’analisi la gamma completa dei rischi – veicolati da un linguaggio qualitativo e informale, caratterizzato da enunciati vaghi e nozioni dai contorni evanescenti – non idonei a comunicare giudizi sull’incertezza, in particolare quando questi devono essere combinati per raggiungere una corretta conclusione⁹. Senza chiare (*i.e. misurabili*) proiezioni sul “dove” il percorso del contenzioso può realisticamente condurre (in termini di probabilità di successo e impatto finanziario), i clienti possono rimanere pericolosamente ancorati ad

⁵ Distorsioni meglio conosciute con il nome di “*Bias*”. Si veda, per un approccio generale: Daniel KAHNEMAN, *Thinking Fast and Slow*, 2011 (nella traduzione italiana: *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2012).

⁶ L’avvocato è infatti un professionista al quale una formazione specialistica conferisce una comprensione unica di una particolare categoria di rischi.

⁷ Cfr. Emanuela EPINEY-COLOMBO, *L’avvocato e la sua responsabilità verso il cliente* – in: BOA n. 58, Novembre 2019, pag. 3 seg.

⁸ Leggi: tralasciati. Ben diversa la situazione nel mondo giuridico anglosassone, in particolare nordamericano (USA e Canada), dove fin dagli anni '80 sono stati sviluppati sistemi di supporto alle decisioni legali nella proiezione metodica del rischio legato al contenzioso. In Svizzera, un timido ma corretto approccio al tema generale della gestione del rischio legale l’ho riscontrato nel (a tutti noto) manuale di Rainer SCHUMACHER: *Das Bauhandwerkpfandrecht*, 3.ed., Zurigo 2008, n. 952 e n. 963 segg., sebbene la sua definizione di rischio, equiparata al solo concetto di “danno” sia, a mio debil parere, metodologicamente troppo limitante. L’unica trattazione “tecnica” della materia, suddivisa in una parte teorica e una pratica, rimane quella (recente) di RISSE e MORAWIETZ (cfr. *supra*, nota 4).

⁹ Giudizi comunemente sintetizzati nella “trilogia”: tempi lunghi, costi elevati, esiti incerti.

aspettative irrealistiche sugli esiti e i relativi costi: un disallineamento che inibisce un processo decisionale informato (cd. *Informed Decision-Making*)¹⁰.

3. Colmare il divario: costruire un'analisi del rischio del contenzioso

Oggi il mercato offre una variegata e strutturata gamma di prodotti e strumenti, che includono liste di controllo, *software* (molto avanzati) di analisi decisionale, strumenti di *data mining* e altre forme di analisi delle probabilità. L'utilizzo di tali strumenti è però ostacolato dal (noto) disagio dei giuristi a confrontarsi con il pensiero matematico, la logica diagrammatica e le assegnazioni di probabilità: tutti aspetti che sono invece propri dei metodi dell'analisi decisionale e del rischio. Tuttavia, per beneficiare appieno dell'analisi di valutazione del rischio, occorre prima di ogni cosa comprendere appieno i concetti di base: le fasi e i principi del processo di analisi sono più importanti dell'esatta natura matematica e della tecnicità di qualsiasi strumento utilizzato.

3.1. I fondamentali: “Rischio”, “Valore atteso” e “Probabilità”

Quasi nessun altro termine è tanto onnipresente, evocativo e sfuggente nel suo utilizzo quanto quello di *Rischio*. Nel linguaggio comune è spesso impiegato come sinonimo di “pericolo”, “incertezza” o (persino) “evento sfortunato” (cd. *downside-risk*). Allo stesso tempo può anche venir associato ai significati di “opportunità” o “avventura” (cd. *upside-risk*). La *Risk Analysis* adotta un concetto probabilistico, per cui un Rischio (R) rappresenta una grandezza matematica, equivalente alla probabilità (p) che un evento (E) si verifichi, moltiplicata per l'entità del suo effetto o impatto (I)¹¹. Il rischio esprime così quantitativamente le possibili conseguenze di un evento incerto, traducendole in un determinato *Valore Monetario Atteso (VMA)*¹². Si noti immediatamente che il rischio così definito non caratterizza necessariamente il solo valore negativo di *rischio puro* (i.e. perdita, o nessuna perdita), bensì il valore neutrale di *rischio speculativo* (i.e. perdita, o nessuna perdita, o guadagno)¹³. Nei confronti del rischio, infine, un soggetto può avere fondamentalmente tre approcci: *avversione*, *neutralità* o *propensione*.

Il *VMA* di un rischio, o più frequentemente di un prospetto di rischi (la *Risk-Assessed Value*), produce un valore economico definito, non certo destinato a predire ciò che

¹⁰ La lezione generale è, infatti, che l'efficienza economica di qualsiasi *transazione* dipende, almeno in parte, dai suoi *costi transazionali*. Un concetto facilmente “trasportabile” nella valutazione economica di un processo giudiziario.

¹¹ Per cui si ha: $R = p(E) * I$

¹² Vedi sul tema: Charles YOE, *Primer on Risk Analysis*, 2. Ed., 2019.

¹³ In quanto indicazione probabilistica di un esito, il rischio esprime quindi, concettualmente, la sintesi valoriale di un *deficit* di informazione.

accadrà durante un processo, ma che rappresenta un costrutto matematico¹⁴. Non di meno, esso rappresenta un riferimento equilibrato e idoneo a fungere da punto di confronto realistico per il cliente che sta cercando di decidere razionalmente se procedere con il contenzioso, accettare (o presentare) un'offerta di transazione, oppure ancora abbandonare immediatamente ogni azione.

La nozione di *Probabilità* ha importanza, estensione e profondità (sia matematica che epistemica) enciclopedica. La probabilità costituisce il solo modo di cui disponiamo per gestire in modo soddisfacente l'incertezza. Essa sintetizza – quantificandolo su una scala da 0 a 1 – il nostro miglior giudizio di conoscenza ed esperienza rispetto ad un determinato esito incerto¹⁵. In questo senso non esiste una probabilità “corretta” assoluta: due soggetti che abbiano diversi stati di giudizio, conoscenza o esperienza su di un determinato evento, possono legittimamente attribuirgli probabilità diverse. Una probabilità è “corretta” solo nella misura in cui rappresenta accuratamente (e coerentemente) lo stato della conoscenza, esperienza e di giudizio del soggetto che la esprime¹⁶.

3.2. Lo strumento: gli “Alberi decisionali”

Lo spirito dell'analisi decisionale è semplice: *Divide et Impera*. Lo spettro complessivo dei rischi viene scomposto in valutazioni critiche più contenute e semplici. L'obiettivo è abbattere la complessità della controversia legale, contrastando il giudizio intuitivo immediato (spesso distorto) per sostituirlo con processi cognitivi “più lenti” e adeguati (spesso controintuitivi).

¹⁴ Il valore atteso o di una variabile – conosciuto anche come media o speranza matematica – è dato dalla somma dei diversi valori (esiti futuri) della variabile considerata, ponderati per la relativa probabilità di verificarsi. Per cui si ha:

$$VMA = \sum_{i=1}^n p(E_i) * I_i$$

¹⁵ Laddove i valori estremi rappresentano l'impossibilità ($p(E)=0$) e la certezza ($p(E)=1$) dell'evento considerato.

¹⁶ Più precisamente, la *Litigation Risk Analysis* adotta una posizione cd. *bayesiana*: la probabilità è utilizzata per quantificare l'incertezza di un osservatore, non uno stato peculiare della cosa osservata. Poiché la probabilità così intesa descrive il nostro stato di incertezza, una volta soddisfatte alcune assunzioni (assiomi) possiamo sempre attribuire una data probabilità - in senso *bayesiano* - a un evento incerto. Questo punto di vista (detto anche *soggettivo*, o *personale*) si pone in contrasto con quello cd. *frequentista*, che intende la probabilità come una sorta di frequenza idealizzata dell'evento in un qualche sistema oggettivo, indipendente dall'osservatore. Ma ogni fenomeno di “contenzioso” si verifica una sola volta, per cui non potremo mai misurare una frequenza statistica di riferimento. Sulla “polisemia” del concetto di probabilità si veda: Ian HACKING, *The Emergence of Probability*, 1975 (ormai introvabile l'edizione italiana: *L'emergenza della probabilità*, Milano 1987); sulla probabilità *bayesiana*: Dennis V. LINDLEY, *Understanding Uncertainty*, Revised Edition, 2014.

Comunemente utilizzati nei più disparati ambiti scientifici, gli *alberi decisionali* sono dei grafi che considerano il ventaglio delle scelte e conseguenti incertezze racchiuse nelle decisioni da prendere. Un albero decisionale permette quindi di visualizzare i possibili risultati di un contenzioso giudiziario, agevolando le parti nella valutazione dei costi, dei rischi e dei benefici a questa correlati. Esso è quindi uno strumento sia qualitativo che quantitativo, utile per valutare i molteplici risultati finanziari (in termini di valore monetario atteso) in funzione dei possibili esiti di qualsiasi controversia¹⁷.

La costruzione di un albero decisionale si articola in quattro fasi. Nella *prima fase* occorre identificare ed elencare i percorsi (*scenari*) e i relativi risultati (*esiti*) che possono *realisticamente* presentarsi nello sviluppo del contenzioso¹⁸. Nella *seconda fase* si considerano i rischi (costi o guadagni) associati a ciascuna delle possibilità individuate; si sommano quindi tutti questi importi per ogni ramo, e si appuntano sull'albero. Nella *terza fase* si passa a "scontare" ogni possibilità in base alla probabilità di accadimento che gli è stata attribuita. Nella *quarta fase*, si procede a valutare il quadro complessivo, moltiplicando ogni possibilità per la sua probabilità. Si sommano poi i valori così ottenuti per tutti i singoli rami dell'albero decisionale. Da questo valore si detraggono infine i costi diretti e indiretti stimati¹⁹. Il risultato rappresenta così il *Valore Monetario Atteso* (netto) del caso esaminato.

3.3. *Un esempio (apparentemente) triviale*

Il nostro cliente (A), ritiene di avere una pretesa per danni (P) verso la sua controparte (C) per un valore di CHF 100'000. In sede negoziale, C sottopone un'offerta transattiva per CHF 50'000. La nostra analisi del rischio evidenzia nella posizione di A varie incertezze (fattuali, processuali e pure di merito), non da ultimo in ordine alla

¹⁷ Un albero decisionale è fondamentalmente composto da:

- *nodi decisionali* (graficamente rappresentati da un quadrato), i quali identificano una scelta strategica, che è totalmente sotto il nostro controllo (sebbene le conseguenze non lo siano). Le possibili opzioni strategiche sono poi riprodotte sui *rami* (linee orizzontali) che seguono il nodo;

- *nodi di possibilità* (graficamente rappresentati da un cerchio), i quali identificano invece uno sviluppo incerto, che non è (interamente) controllabile. I rami che seguono mostrano modi in cui l'incertezza può essere risolta. Non vi è un limite a questi rami, a condizione che siano *mutualmente esclusivi* e *collettivamente esaustivi* (siccome "qualcosa deve accadere", la probabilità complessiva deve sommare ad 1). Si veda: Marc B. VICTOR, *Interpreting a Decision Tree Analysis of a Lawsuit* (*supra*, nota 4).

¹⁸ Ciò significa che disegnare un albero decisionale completo richiede, in primo luogo, che l'avvocato e il cliente si confrontino intensamente con il caso, considerando e sviscerando con cura e sistematicità tutti gli aspetti (fattuali, probatori e giuridici) pertinenti: un esercizio già di suo di inestimabile utilità.

¹⁹ Per meglio dire, quelli *residui*; ossia i costi diretti e indiretti che non siano già stati contemplati nell'albero decisionale.

prova della quantificazione (peritale) di P, che abbiamo infine reso nella seguente matrice:

<i>Decisione</i>	<i>Esiti (E) della Domanda</i>	<i>Importi</i>	<i>p</i>	<i>VMA</i>
Processare	1 <i>Integralmente accolta</i>	100'000.00	0.30	30'000.00
	2 <i>Parzialmente accolta</i>	80'000.00	0.20	16'000.00
	3 <i>Parzialmente accolta</i>	60'000.00	0.20	12'000.00
	4 <i>Respinta</i>	0.00	0.30	0.00
	<i>Totali</i>		1.00	58'000.00
Transare		50'000.00	1.00	50'000.00

Davanti a un tale prospetto, un soggetto razionale con una propensione neutrale al rischio non sarà disposto ad accettare un'offerta transattiva inferiore al *VMA* della causa; nell'esempio CHF 58'000 (prescindendo dai costi transazionali). Ma anche un caso così banale può rapidamente complicarsi: supponiamo che con l'adozione di un strumento procedurale idoneo, ad es. l'assunzione di una prova a titolo cautelare *ex art. 158 CPC (PC)*, siamo assolutamente convinti che si possa portare la probabilità di accoglimento integrale della domanda al 100 % (ossia $p(E_I)=1$). Converterà ad A investire in questa ulteriore iniziativa, e in che misura? E se invece la nostra convinzione nell'efficacia di una PC fosse più mitigata, diciamo che siamo convinti solo al 50 % che questa possa effettivamente portare $p(E_I)=1$; come varierebbero allora i valori e le decisioni da prendere?²⁰

4. Conclusione: Esiti vs. Decisioni

I buoni esiti (di un contenzioso) sono gli esiti che tutti (i nostri clienti) auspicano. Le buone decisioni sono, invece, le decisioni che sono coerenti con le nostre conoscenze, il nostro giudizio, la nostra esperienza e le nostre preferenze. Sfortunatamente, non possiamo controllare gli esiti. Tutto ciò che possiamo fare è (aiutare a) prendere le migliori decisioni possibili, coscienti che le buone decisioni aumentano la possibilità

²⁰ L'esame di questi scenari di "costo-beneficio" (detta anche analisi "what-if", nella quale si valuta cosa cambia se cambiano i valori assunti dai parametri decisionali) possono (devono) essere opportunamente considerati nelle nostre analisi. Ciò avviene sia adeguando gli alberi decisionali, sia impiegando lo strumento (avanzato) della cd. *Analisi di sensitività*: tutto ciò esula – ovviamente – dagli scopi di questo contributo (lasciamo al lettore curioso il piacere di cimentarsi nell'esercizio). Una cosa occorre però ribadire: qualsiasi problematica computazionale può essere risolta solo una volta sia stata definita chiaramente la sovrastante problematica giuridica: nell'esempio considerato, prima di svolgere qualsiasi calcolo, è determinate sapere se i costi di allestimento della PC restano definitivamente a carico dell'istante A, ovvero se potranno poi essere ribaltati (e in quale misura) sulla controparte C.

di ottenere anche dei buoni esiti. Ma per fare ciò, anche noi patrocinatori necessitiamo metodi più solidi, che ci permettano di affrontare sistematicamente la complessità e gestire adeguatamente l'incertezza. La *Litigation Risk Analysis* ce li fornisce entrambi. E se alla fine le cose dovessero comunque andare diversamente da come il cliente avrebbe desiderato, saremmo comunque certi di aver fatto tutto quanto ragionevolmente possibile, e la prossima volta andrà meglio. Il nostro obbligo (legale) e il nostro dovere (morale) di avvocati è aiutare il cliente a prendere le migliori decisioni possibili date le informazioni disponibili, non garantire un risultato. “*Colui che si affaticò sempre bramando, può essere redento*”, scrisse GOETHE nel *Faust*.