

La valutazione dei danni connessi ad attività economiche

Exposure Draft – Discussion Paper n. 2/2025



Organismo Italiano di Valutazione

20 Sommario

21	1. Le linee guida per le analisi economiche	3
22	1.1 La verifica economica dell'esistenza di un danno	3
23	1.1.1. Cosa si intende per causalità economica del danno?	3
24	1.1.2. I due problemi principali da affrontare nell'analisi di causalità economica	6
25	1.1.3. Probabilità logica induttiva o determinazione quantitativo-statistica?	7
26	1.1.4. Interesse positivo e interesse negativo	7
27	1.1.5. Gli effetti economici attribuibili all'evento dannoso	20
28	1.1.6. Gli effetti consequenziali da considerare nella stima del danno	21
29	1.1.7. Il periodo di riferimento di stima del danno	22
30	1.2 Le metodiche di analisi economica per la valutazione dei danni	23
31	1.2.1. La logica generale dell'analisi differenziale	23
32	1.2.2. L'applicazione dell'analisi differenziale nella stima dei danni associati ad operazioni	
33	economiche	23
34	1.2.3. L'analisi differenziale nel caso delle lesioni di natura essenzialmente patrimoniale	25
35	1.2.4. L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario economico	27
36	1.2.5. L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario economico virtuale	30
37	1.2.6. La determinazione del tasso per l'attualizzazione dei flussi differenziali distribuiti nel tempo	34
38	1.3 Gli strumenti per la convalida delle analisi economiche	35
39	1.3.1. Considerazioni introduttive	35
40	1.3.2. Considerazioni sul requisito della dimostrabilità	36
41	1.3.3. Il contesto delle analisi	37
42	1.3.4. Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legati a fattori macroeconomici o a parametri di	
43	settore	38
44	1.3.5. Le tecniche utilizzate in presenza di situazioni nelle quali i risultati aziendali dipendono	
45	principalmente dal patrimonio di beni intangibili.	39
46	1.3.6. Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legati all'assetto competitivo	39
47	1.3.7. Le tecniche per trattare l'incertezza nel contesto della quantificazione dei danni in campo	
48	aziendale	40
49	1.3.8. La tecnica dell' <i>event study</i> per la stima di danni patiti da società quotate in borsa.	41
50	2. Appendice giuridica	43
51	2.1 I principi giuridici per la liquidazione dei danni. Danno contrattuale ed extracontrattuale: principi	
52	comuni	43
53	2.1.1. I titoli giuridici per il riconoscimento di un danno risarcibile	43
54	2.1.2. La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni	44
55	2.1.3. La responsabilità extracontrattuale	47
56	2.1.4. La teoria del danno	52
57	2.1.5. La componente del danno risarcibile	63
58	2.1.6. La determinazione del danno	70

59	2.1.7. Il dovere del creditore di evitare il danno.....	72
60	2.1.8 La quantificazione del danno	75
61	3 Appendice giurisprudenziale	79
62	3.1. Causalità materiale, giuridica, economica del danno	79
63	3.1.1 Causalità materiale e giuridica.....	79
64	3.1.2 Causalità giuridica e causalità economica: il dovere di mitigare il danno.....	80
65	3.1.3 La causalità economica: il danno contrattuale tra interesse positivo e interesse negativo.....	81
66	3.1.4. Gli effetti economici dell'evento dannoso	81
67	3.1.5. Gli effetti consequenziali nella stima del danno.....	82

68

69

70 **Richiamo di attenzione**

71 Il presente documento non tratta del tema della stima delle passività potenziali ai fini contabili (OIC
72 31 e IAS 37), i cui criteri sono stabiliti dai rispettivi principi. In nessun modo il contenuto di questo
73 documento può essere utilizzato per interpretare i principi contabili richiamati, che seguono criteri
74 di misurazione e di rilevazione propri.

1. Le linee guida per le analisi economiche

1.1. La verifica economica dell'esistenza di un danno

1.1.1. Cosa si intende per causalità economica del danno?

In appendice sono riportati i richiami giuridici che permettono di comprendere entro quali termini il danneggiato abbia diritto ad un risarcimento¹. Le norme sono ispirate a tre principi chiave:

- evitare le conseguenze negative di danni ingiusti e di danni da inadempimento contrattuale in capo al creditore;
- incentivare comportamenti consapevoli e corretti delle parti, senza tuttavia ostacolare il normale fluire delle operazioni economiche (normalmente esposte a rischi);
- limitare richieste di risarcimento esagerate, evitando ingiustificati arricchimenti, rispetto ai rischi cui sarebbe comunque stato esposto il creditore.

Il primo problema che l'analisi economica deve affrontare riguarda la fondatezza della pretesa risarcitoria nel rispetto dei vincoli di legge. A questa analisi – che definiamo di causalità economica – è dedicato il primo capitolo di questo Discussion Paper.

La dimostrazione della fondatezza della pretesa risarcitoria riguarda due aspetti principali:

- il nesso eziologico fra l'inadempimento contrattuale o l'illecito extracontrattuale e la catena di eventi dannosi che ne sono conseguiti (e ne potranno conseguire);
- la cesura del nesso eziologico fra comportamento dannoso e successione di eventi negativi, identificando ciò di cui il danneggiato deve essere risarcito nel rispetto dei vincoli di legge.

Il primo aspetto riguarda lo stabilire se il danno vede nel comportamento dannoso la sua condizione di sussistenza, il secondo aspetto riguarda invece quanta parte del danno debba essere trasferita dal danneggiato al danneggiante.

Dai richiami giuridici riportati in appendice emerge con chiarezza una certa elasticità nella valutazione del danno risarcibile nel diritto applicato, in conseguenza:

- da un lato, dell'adozione di nozioni ora più ristrette ora più allargate di un insieme di concetti che concorrono a definire l'*an* ed il *quantum* del giusto risarcimento, quali (a solo titolo di esempio): il danno ingiusto, la causalità naturale, la diligenza, la buona fede, gli eventi di forza maggiore, il rischio estraneo, ecc.;
- dall'altro lato, della necessaria flessibilità nell'applicare le regole sulla responsabilità del danneggiante in specifici contesti reali molto più complessi della semplice relazione biunivoca "*Inadempimento o illecito e Danno*". Si pensi ad esempio quante diverse caratterizzazioni possa assumere l'inadempimento contrattuale, in relazione a specifici fatti e circostanze: dalla convenienza a non adempiere all'impossibilità di adempiere, dal completo inadempimento all'inadempimento inesatto, dall'inadempimento in sé al ritardo di adempimento,

¹ Si consiglia al lettore che non abbia dimestichezza con le norme che disciplinano il danno ed i suoi rimedi di leggere l'appendice prima di affrontare la lettura della parte economica.

111 dall'inadempimento colposo all'inadempimento doloso, dall'inadempimento di parte al
 112 concorso di colpa, ecc.

113 Le tesi di infondatezza della pretesa risarcitoria in genere si ruotano intorno a due elementi principali:

- 114 • in via principale, l'assenza di una causalità reale fra l'inadempimento o l'illecito ed il
 115 pregiudizio subito;
- 116 • in via subordinata, i rischi che il danneggiato doveva prevenire e che il danneggiante non
 117 poteva prevedere.

118 L'analisi della causalità economica permette di definire le responsabilità dell'attore e del convenuto
 119 relativamente al danno. L'analisi riguarda:

- 120 • il nesso di causalità fra inadempimento contrattuale o illecito extracontrattuale e danno ingiusto;
- 121 • ed i rischi che devono gravare su ciascuna parte (attore e convenuto) ai fini della stima del
 122 giusto risarcimento.

123 Analizziamo brevemente questi aspetti.

124 Causalità

125 In economia, il nesso di causalità si riferisce alla relazione causa-effetto tra due o più variabili (o
 126 eventi). La causalità indica se e in che modo una variabile o un evento (la causa) abbia prodotto un
 127 effetto su un'altra variabile (la conseguenza). Esistono tuttavia diverse tipologie di causalità:

128 **Causalità diretta:** Una variabile X causa direttamente un cambiamento in Y. Esempio: La consegna
 129 da parte di un fornitore di un componente difettoso (X) comporta costi in capo al produttore per
 130 interventi in garanzia (Y).

131 **Causalità inversa:** La relazione è opposta a quella intuitiva, ovvero è Y che influenza X. Esempio: Il
 132 difetto del componente è dovuto ad una installazione da parte del produttore su prodotti non
 133 compatibili.

134 **Causalità reciproca** (o bidirezionale): X influenza Y, ma anche Y influenza X. Esempio: Il
 135 componente è molto fragile ed il difetto di funzionamento è dovuto anche ad un contesto di uso ai
 136 limiti della normalità.

137 **Causalità spuria:** Si verifica quando due variabili o eventi sembrano correlati, ma in realtà sono
 138 influenzate entrambe da una terza variabile non considerata. Esempio: Il componente non presenta
 139 alcuna difettosità in capo ad altri clienti e la difettosità potrebbe dipendere da come il trasportatore ha
 140 conservato o movimentato i componenti.

141 Rischi

142 Qualunque attività economica è esposta a rischi. Ciò significa che sia il debitore sia il creditore
 143 debbono soggiacere a determinati rischi. Ad esempio, nel caso di inadempimento contrattuale:

144 il debitore non può invocare la non imputabilità o l'impossibilità come esimenti, semplicemente perché
 145 è intervenuto un fatto inatteso. Deve trattarsi di un fatto straordinario, completamente disgiunto dal
 146 suo operare, di portata tale da snaturare i rischi tipicamente connessi all'obbligazione assunta;

147 il creditore non può attraverso il risarcimento sottrarsi ai rischi ai quali sarebbe stato esposto anche
 148 senza l'inadempimento, trascurando le eventualità negative che, anche in caso di corretta esecuzione
 149 del contratto avrebbero ugualmente pesato su di lui.

150 Se qualunque attività economica è esposta a rischi, ne consegue che:

nessuna attività economica può eliminare per intero i rischi, ma può limitarsi a gestire i rischi calibrando l'esposizione dell'azienda ai rischi;

l'esposizione ai rischi è *entity specific* (ossia ogni azienda si caratterizza per una maggiore o minore esposizione ai rischi).

I rischi possono essere analizzati sotto due profili:

- probabilità di accadimento;
- impatto economico.

I due profili permettono di identificare i rischi necessari e normali: ossia i rischi attesi ad impatto economico coerente con la normale redditività del business. Infatti, in condizioni di equilibrio un'agente economico dovrebbe essere strutturato per sopportare i rischi necessari e normali nello svolgimento della propria attività. Dell'inadeguata struttura del danneggiato o del danneggiante a gestire i rischi necessari e normali – cui consegue una eccessiva esposizione al rischio di un evento dannoso e conseguentemente un danno spropositato – non può essere fatto responsabile il danneggiante (o il danneggiato). Si pensi ad un'azienda fornitrice che a causa delle difficoltà economiche taglia i costi di controllo di qualità delle proprie produzioni, esponendosi al rischio di prodotti difettosi. L'azienda produttrice che acquista quei prodotti e che patisce i danni di una fornitura difettosa avrà diritto al risarcimento del danno subito se avrà mostrato adeguata diligenza nella verifica delle specifiche di prodotto e nella selezione del fornitore. Se invece l'azienda produttrice avesse selezionato il fornitore esclusivamente sulla base del prezzo più contenuto del componente, accettando implicitamente il rischio di una maggiore difettosità, allora il risarcimento presuppone la verifica che la difettosità abbia riguardato una quantità anomala di componenti (oltre un livello normale, anche per le componenti del fornitore a basso costo). Analogamente il fornitore che accetta di vendere ad un'azienda finanziariamente fragile imponendole di regolare le forniture con pagamenti anticipati e poi non adempie alla fornitura nelle modalità previste causando un danno ingente al cliente a causa della sua fragilità finanziaria, non può opporre l'imprevedibilità delle conseguenze del suo atto, atteso che la fragilità del cliente era perfettamente nota al fornitore che proprio per questo ha imposto condizioni di pagamento particolari. Ciò per altro non significa che il fornitore debba risarcire qualunque danno in capo all'azienda fragile, ma solo quanto fosse prevedibile e normale alla data dell'inadempimento.

Fra gli strumenti di gestione dei rischi, figurano anche clausole contrattuali che definiscono in via preventiva come debbano ripartirsi alcuni rischi fra i contraenti. Ad esempio, un contratto fra un fornitore ed un distributore può prevedere che eventuali danni ai prodotti durante il trasporto saranno suddivisi in modo equo fra le parti o viceversa può prevedere delle penali prefissate in caso di mancato rispetto dei tempi di esecuzione o di non regolare esecuzione, o ancora la interruzione del contratto in caso di eventi di forza maggiore, ecc.

Analogo ragionamento vale per l'illecito extracontrattuale. L'analisi di quale sia la struttura adeguata a gestire i rischi necessari e normali deve essere valutata sulla base di specifici fatti e circostanze. Un'azienda in fase di *start up* è per definizione fragile e l'abuso di posizione dominante da parte dell'*incumbent* del settore può comportare danni molto rilevanti (fino alla liquidazione della società danneggiata). Di ciò può essere perfettamente consapevole il danneggiante che fa dell'abuso di posizione dominante come tecnica per impedire l'affermarsi di nuovi entranti sul mercato.

Nell'ambito dell'illecito extracontrattuale particolare rilievo assumono i danni legati a comportamenti opportunistici (azioni nascoste o informazioni nascoste), quali: il danno di abuso di maggioranza, il danno da lesione dell'immagine e della reputazione, il danno da gestione negligente o imprudente, il danno da omissione di vigilanza o di controlli, il danno da conflitto di interessi e abuso di potere.

1.1.2. I due problemi principali da affrontare nell'analisi di causalità economica

L'analisi di causalità economica deve identificare cosa deve essere risarcito a causa dell'inadempimento o dell'illecito extracontrattuale. Nella prospettiva che qui interessa la circostanza che la norma sulla responsabilità aquiliana (da illecito extracontrattuale) faccia riferimento al concetto di *causalità adeguata* e la responsabilità da inadempimento contrattuale al concetto di *regolarità causale*, non assume particolare rilevanza, essendo i due concetti equivalenti sotto il profilo economico. In entrambi i casi, infatti, si tratta di identificare: da un lato, le conseguenze in capo al danneggiato del comportamento del responsabile (escludendo eventuali altri effetti dovuti ad elementi esterni) attraverso la c.d. *causalità naturale* e; dall'altro, la misura del danno, o meglio entro quali limiti il responsabile ne debba rispondere entro i confini dettati dalla *causalità giuridica* (che differenzia la responsabilità del debitore in relazione al fatto che si sia di fronte ad un inadempimento contrattuale colposo o doloso o ad un illecito extracontrattuale).

Il diritto all'integrale risarcimento del danno ingiusto (illecito extracontrattuale) e del danno prevedibile conseguente all'inadempimento contrattuale sono principi chiari ma astratti che devono trovare applicazione concreta anche grazie ad un'analisi economica, in grado di rappresentare, da un lato, le specifiche circostanze nelle quali si è consumato l'inadempimento o l'illecito extracontrattuale e, dall'altro, la causalità normale fra gli specifici eventi. Questa è la ragione per cui il risarcimento del danno trova nel diritto applicato soluzioni molto diverse (e talvolta contrastanti), legate al fatto che la varietà degli interessi pregiudicati e delle circostanze fattuali rende difficile una tipizzazione dell'applicazione delle norme. La diversità di soluzioni testimonia anche una certa flessibilità della norma così da consentirne un'applicazione elastica atta ad identificare il giusto risarcimento nello specifico contesto.

Per questa ragione particolare rilievo assume l'analisi della causalità economica, volta a contestualizzare l'evento dannoso, per risalire alle responsabilità ed all'equo trasferimento del danno dal danneggiato al danneggiante.

L'economia è una scienza non deterministica e quindi non esiste sempre una causalità certa e diretta fra un evento e le sue conseguenze, per via dell'interagire di più variabili potenzialmente influenti. Arrestare l'ambito del pregiudizio da ricondurre all'inadempimento alle conseguenze "immediate e dirette" in alcuni casi più complessi può risultare un obiettivo irrealistico. In casi complessi, l'analisi economica può evidenziare solo una causalità probabile. Conseguentemente, in questi casi, l'analisi della causalità economica deve essere in grado di spiegare quali siano le conseguenze del comportamento dannoso attribuibili con elevata probabilità a quel comportamento. Esempi di casi complessi possono riguardare:

- nel caso di inadempimenti contrattuali: prestazioni incrociate fra i contraenti che hanno comportato l'inadempimento di uno di questi, inadempimenti inesatti, ritardi nella prestazione, specifiche pattuizioni fra i contraenti, ecc.
- nel caso di illeciti extracontrattuali: danni non patrimoniali (di immagine ed alla reputazione), illeciti arricchimenti, comportamenti opportunistici.

Inoltre, l'analisi economica deve identificare se il comportamento del creditore possa aver contribuito all'emergere del danno (concorso di colpa e onere di evitare il danno) o abbia evitato di ridurne le conseguenze (onere di contenere il danno).

238 1.1.3. Probabilità logica induttiva o determinazione quantitativo-statistica?

239 Ai fini della analisi della causalità economica si può far riferimento sia alla analisi di probabilità
240 logica induttiva (tipica del diritto) sia alle tecniche statistiche (tipiche dell'economia). La scelta di
241 un criterio o dell'altro è funzione dello specifico contesto.

242 La probabilità logica è un approccio alla probabilità ispirato al metodo induttivo che enfatizza la
243 raccolta e l'analisi delle prove empiriche per giungere a conclusioni. Questo concetto si distingue
244 dalla probabilità classica e si avvicina a una visione epistemologica della probabilità, basata sulla
245 forza logica delle evidenze disponibili.

246 La probabilità logica induttiva è un metodo per stimare il grado di conferma di un'ipotesi basandosi
247 sull'induzione e sull'accumulo progressivo di evidenze. È particolarmente utile in discipline dove il
248 ragionamento si fonda sulla forza logica delle evidenze piuttosto che su calcoli numerici rigidi.

249 La probabilità logica induttiva e la quantificazione statistica della probabilità sono due approcci molto
250 diversi alla probabilità e all'inferenza, con differenze chiave nei principi, nel metodo di calcolo e
251 nell'interpretazione. L'analisi quantitativo-statistica richiede infatti misurazioni e dati statistici per
252 calcolare la probabilità di un evento.

253 La probabilità logica induttiva è più utile in contesti dove il ragionamento si basa sull'accumulo
254 progressivo di evidenze, mentre la quantificazione statistica è ideale per situazioni in cui si possono
255 stimare valori numerici sulla base di dati sufficienti.

256

257 1.1.4 Interesse positivo e interesse negativo

258 I richiami giuridici presentati in appendice indicano che il principio da rispettare nel
259 risarcimento del danno consiste nel riportare il danneggiato nella posizione in cui si sarebbe
260 trovato se l'inadempimento contrattuale o l'illecito extracontrattuale non fosse avvenuto.

261 Lo stesso principio trova tuttavia una diversa applicazione nei due casi di:

262 a) inadempimento contrattuale (*breach of contract*) o;

263 b) illecito extracontrattuale (*breach of duty*).

264 Nel caso di inadempimento contrattuale il danno andrebbe commisurato alla situazione in cui si
265 sarebbe trovato il danneggiato se il contratto fosse stato adempiuto (interesse contrattuale
266 positivo). L'interesse contrattuale positivo considera tutti i mancati ricavi al netto dei costi non
267 sostenuti. Per ragioni pratiche connesse alla difficoltà di misurare con ragionevole certezza
268 l'interesse positivo, quando il danno procurato riguarda lesioni di natura prevalentemente
269 patrimoniale, può risultare più semplice commisurare il danno sulla base dell'interesse
270 contrattuale negativo (in questo caso il risarcimento è finalizzato a collocare il danneggiato nella
271 stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto).

272 Nel caso di illecito extracontrattuale, invece, il danno va sempre commisurato alla situazione in
273 cui si trovava il danneggiato prima di subire il torto (interesse negativo). L'interesse negativo
274 considera tutti i costi sostenuti ed i mancati redditi che sarebbero stati realizzati se si fossero
275 potute sfruttare le opportunità alle quali il danneggiato ha dovuto rinunciare per effetto del torto.

276 In tutti i casi:

277 a) l'analisi si basa sulla identificazione di ciò che sarebbe avvenuto se l'illecito

extracontrattuale o l'inadempimento non fosse avvenuto, con la differenza che: in un caso, (interesse negativo) occorre considerare uno scenario prospettico che rifletta i risultati di soluzioni in concreto perdute, mentre nell'altro (interesse positivo), è necessario considerare i risultati che il contratto avrebbe generato. La stima del lucro cessante richiede comunque, in entrambi i casi, di proiettare uno scenario che nei fatti non si è realizzato ma che si sarebbe ragionevolmente realizzato se l'illecito extracontrattuale o l'inadempimento non fosse avvenuto (c.d. scenario alternativo riferito alla situazione rivendicata definito anche scenario "but for", ovvero lo scenario "se non" fosse avvenuto l'illecito o l'inadempimento). Ai fini del confronto fra tale scenario ed i risultati effettivamente conseguiti spesso è richiesta un'analisi economica in grado di isolare gli effetti dell'inadempimento o dell'illecito da eventi e circostanze a questo estranei;

- b) il danno risarcibile è composto tanto dal danno emergente quanto dal lucro cessante, con la particolarità che nel caso dell'interesse negativo il lucro cessante è rappresentato dalle mancate opportunità alternative di reddito ed in concreto è di più difficile stima. Il danno risarcibile può anche includere la perdita di *chance* ed il danno all'immagine o alla reputazione commerciale (ovvero il c.d. danno non patrimoniale). Nel caso di violazione di diritti di proprietà intellettuale il danno può includere anche l'ingiusto arricchimento di chi ha violato il diritto (*disgorgement*).

L'analisi giuridica svolta in appendice ha anche permesso di identificare la sequenza logica che è necessario ripercorrere prima di giungere alla stima del danno; sequenza che si snoda attraverso cinque principali fasi:

1. dapprima è necessario provare l'esistenza di un torto², identificandone la natura (condotta commissiva od omissiva, inadempimento colposo o doloso), e l'eventuale concorso da parte del danneggiato nel procurare il danno (quale ad esempio il caso del ritardo nel fornire le specifiche del bene o del servizio alla base del contratto);
2. secondariamente occorre provare che il torto sia la causa dominante del danno patito e che quest'ultimo non sia eccessivamente remoto (e nel caso di inadempimento contrattuale, che il danno fosse ragionevolmente prevedibile, al tempo in cui la controparte si rese inadempiente³);
3. in terzo luogo è necessario considerare i costi ed i benefici dell'azione di mitigazione che il danneggiato ha intrapreso⁴ o al contrario occorre sterilizzare l'aggravamento delle conseguenze negative del torto per effetto dell'assenza di azioni di mitigazione che il danneggiato avrebbe dovuto intraprendere e non ha intrapreso;
4. in quarto luogo occorre considerare l'eventuale perdita di *chances* relative a programmi o iniziative che ragionevolmente il danneggiato avrebbe potuto perseguire con una probabilità non trascurabile di successo;
5. da ultimo, occorre identificare quando interrompere la catena di conseguenze dell'evento

² L'onere della prova è sempre a carico del danneggiato che rivendica il torto subito.

³ La nozione di prevedibilità agisce come l'imitazione all'ammontare del danno di cui può essere richiesto il risarcimento. Ciò in quanto le parti in un contratto dovrebbero essere in condizioni di conoscere una ragionevole misura della passività potenziale connessa alla rottura del contratto quando si rendono inadempienti (o quando lo sottoscrivono).

⁴ La parte danneggiata ha il dovere di assumere iniziative per minimizzare la perdita conseguente all'inadempimento o all'atto illecito (*duty of mitigation*). Tuttavia ciò non significa che le iniziative di mitigazione debbano necessariamente avere successo. In questi casi i costi di mitigazione possono essere superiori ai benefici e finiscono per aggravare il danno risarcibile.

dannoso (la c.d. *chain of causation*) ai fini della stima del danno sulla base della c.d. causalità giuridica. Ciò dipende sostanzialmente dall'origine del danno: contrattuale o extracontrattuale.

Solo lo svolgimento ordinato di queste fasi - che definiscono il processo di analisi della relazione causa-effetto fra la condotta (commissiva od omissiva) ed il danno (c.d. analisi di causalità) - consente di giungere alla stima del giusto risarcimento.

L'analisi di causalità economica del danno è volta a verificare:

- a) l'imputabilità o meno al debitore dell'inadempimento o del fatto illecito (l'*an debeatur*) (dove la verifica non può limitarsi all'evidenza di una semplice correlazione fra variabili⁵);
- b) l'esistenza o meno di un *quantum debeatur* (l'analisi economica può mostrare ad esempio che l'impresa che ha subito un incremento di costo della materia prima a seguito di un cartello anticoncorrenziale dei propri fornitori non ha sofferto di tale incremento di costo in quanto è riuscita a trasferirlo a valle ai propri clienti (c.d. *passing on*);
- c) le conseguenze del danno da violazione di un contratto o da fatto illecito (in relazione al titolo giuridico per il riconoscimento del danno si tratta di definire il grado di soggettività o di normalità del danno e quali siano le conseguenze dirette nella stima del danno);
- d) la dimostrabilità con sufficiente attendibilità delle conseguenze (il risarcimento deve essere commisurato ad una stima dimostrabile con sufficiente grado di certezza – più probabile che non – ed in relazione ai limiti informativi l'esperto è chiamato ad identificare la richiesta di danno più ragionevole sotto il profilo dei supporti informativi⁶);
- e) l'adottabilità della prospettiva *ex ante* o *ex post* nell'analisi economica (la differente prospettiva ha riguardo quando il prezzo del bene danneggiato ha subito una variazione rilevante fra il momento in cui si è verificato l'inadempimento o il fatto illecito ed il tempo di stima del danno. In questi casi l'analisi economica assume rilievo per verificare se ed in quale misura si debba considerare l'aumento o la diminuzione del valore di mercato del bene).

Nello svolgere l'analisi economica l'esperto deve essere innanzitutto consapevole della differenza fra responsabilità contrattuale e responsabilità da fatto illecito.

E' frequente che la parte che rivendica il danno subito, dia per scontata la relazione di causa ed effetto fra la condotta ed il danno, mentre tale relazione in molti casi finisce per risultare molto più debole di quanto si presume (vuoi perché il danno non è una conseguenza diretta della condotta commissiva od omissiva, ma solo una conseguenza che interviene successivamente; vuoi perché non si è in grado di dimostrare l'esistenza di un nesso "più probabile che no" fra condotta e danno). Non è un caso che il disaccordo fra le parti relativamente alla legittimità del danno rivendicato spesso risieda nell'assenza di un'adequata dimostrazione della relazione di causa ed effetto fra il torto lamentato ed il danno effettivamente subito.

La principale difficoltà nella rivendicazione di un danno riguarda il fatto che è richiesta un'analisi di tipo contro-fattuale nel senso che non si tratta di misurare ciò che è accaduto

⁵ Nei casi più semplici l'evidenza di una correlazione positiva è sufficiente, ma quando si è in presenza di molte possibili concause, la correlazione non è di per sé sufficiente perché non esprime necessariamente una relazione di causa ed effetto.

⁶ Ad esempio la scelta fra interesse negativo ed interesse positivo

(dove una semplice analisi di causalità materiale sarebbe sufficiente), ma occorre invece dimostrare con sufficiente ragionevolezza ciò che sarebbe accaduto se l'evento dannoso non si fosse verificato, ovvero ciò che sarebbe dovuto accadere con ragionevole certezza. Dimostrazione che deve essere supportata da evidenze in grado di rendere lo scenario rivendicato ragionevole (e non meramente speculativo), nella consapevolezza che nessuno può sapere con certezza cosa sarebbe successo se il contratto fosse stato adempiuto o l'illecito non fosse stato compiuto.

È frequente anche che la controparte inadempiente di un contratto, dia per scontata la impossibilità di adempiere e quindi la non imputabilità del suo comportamento, mentre la impossibilità di adempiere deve essere fatta risalire a condizioni del tutto eccezionali ed estranee al rischio tipico dell'obbligazione assunta. La responsabilità del contraente inadempiente non può essere evitata, semplicemente perché sono sorti fatti inattesi. Il contraente è sempre esposto a rischi del cui superamento deve essere responsabile nei limiti di una alea ritenuta normale.

L'analisi di causalità non consta solo di un'analisi economica in senso stretto (identificazione dei nessi di causa ed effetto pertinenti), ma anche di una presuntiva analisi di tipo materiale degli eventi (identificazione dei fatti rilevanti) e di un'analisi giuridica (identificazione dell'area delle responsabilità). A questo riguardo si fa normalmente riferimento a:

- a) la *causalità materiale*, che riguarda la relazione diretta fra la condotta (commissiva od omissiva) e l'evento danno. Ad esempio, nel caso di inadempimento contrattuale la causalità materiale è rappresentata dal mancato adempimento che ha comportato una lesione del patrimonio del danneggiato (*ad esempio la mancata consegna di un macchinario da parte del fornitore*);
- b) la *causalità economica*, che riguarda la relazione fra la condotta (commissiva od omissiva) e le conseguenze negative ad essa attribuibili con ragionevole certezza. Ad esempio nel caso di comportamento anti-competitivo di un concorrente la causalità economica individua la relazione fra tale comportamento e gli effetti negativi attribuibili specificamente a tale condotta;
- c) la *causalità giuridica*, che riguarda la relazione fra la condotta (commissiva od omissiva) ed il danno risarcibile. Ad esempio, nel caso di atto illecito extracontrattuale la causalità giuridica identifica come risarcibile il danno ingiusto (che consegue alla violazione di un diritto giuridico) e non il danno *tout court* (inteso come conseguenza economica dell'illecito).

L'analisi della causalità materiale, da sola, può risultare insufficiente a spiegare il nesso di causa ed effetto fra la condotta ed il danno rivendicato (in quanto più cause ed eventi hanno concorso a determinare la situazione effettiva). Analogamente l'analisi della causalità economica, da sola, può condurre ad identificare una concatenazione di cause e di effetti irrilevanti nella prospettiva dell'analisi giuridica in quanto conseguenze troppo remote rispetto ai limiti di responsabilità del soggetto inadempiente (limiti che trovano fondamento nelle conseguenze prevedibili e dirette, nel caso di inadempimento contrattuale, e nel danno ingiusto, nel caso di illecito extracontrattuale) e quindi ad associare agli eventi una quantificazione eccessiva.

All'esperto può essere richiesto di indagare la causalità economica, di ignorarla o di assumerla per dimostrata, in relazione al fatto che l'analisi materiale e l'analisi giuridica siano ritenute

da sole sufficienti ad individuare la relazione di causa ed effetto fra la condotta (commissiva od omissiva) ed il danno e la relativa responsabilità. L'esperto dovrebbe precisare il mandato ricevuto.

Quando la conseguenza dell'inadempimento o dell'illecito extracontrattuale è evidente e facilmente isolabile sulla base delle semplici evidenze fattuali, all'esperto è chiesto esclusivamente di stimare il danno. Ciò in quanto il mandante assume che vi sia incertezza sugli effetti negativi indotti della condotta (commissiva od omissiva) nei limiti definiti dalla causalità giuridica.

Quando invece le evidenze fattuali non sono sufficienti, in quanto all'inadempimento o all'illecito extracontrattuale si sono accompagnati o altri eventi sfavorevoli che potrebbero essere la vera causa (principale) della lesione patrimoniale oppure comportamenti che hanno trasferito a terzi il danno, l'analisi della causalità economica è indispensabile per isolare le conseguenze ascrivibili all'inadempimento o illecito in capo al soggetto che lamenta il danno.

Dopo aver individuato la catena degli elementi rilevante, la finalità dell'analisi della causalità economica consiste dunque nell'identificare e nell'isolare le variabili che permettono di misurare il danno, attraverso un'analisi delle conseguenze economiche imputabili al solo evento dannoso, dopo che il soggetto danneggiato abbia adottato le necessarie azioni mitigatrici.

Nei casi di inadempimenti contrattuali, l'analisi della causalità economica è normalmente richiesta quando l'inadempimento reca con sé la compromissione di uno scenario economico. In assenza di un'appropriata analisi della causalità economica in grado di isolare le conseguenze dello specifico evento dannoso le stime del danno risarcibile sono solo esercizi di calcolo, privi di significato sia economico sia giuridico.

Es. Per effetto di un inadempimento contrattuale l'azienda A stima il danno limitando sia confrontare i risultati effettivamente conseguiti rispetto a quelli previsti nel piano aziendale. Poiché le cause degli scostamenti possono essere dovute a fattori estranei all'inadempimento, l'esercizio di calcolo non ha alcun valore al fine della stima del danno anche quando il piano aziendale possa essere giudicato realistico. Occorre infatti isolare gli effetti del solo evento dannoso al netto delle mitigazioni poste in atto dal danneggiato. L'analisi differenziale deve cioè considerare i soli effetti dell'inadempimento al netto delle mitigazioni e non il mero confronto fra il piano e di dati di consuntivo (actual).

L'analisi della causalità economica è quasi sempre necessaria nei casi di illecito extracontrattuale, quali ad esempio: le violazioni dei diritti delle opere di ingegno, l'adozione di politiche anti-competitive, l'abuso di posizione dominante, l'abuso di direzione e di coordinamento, il comportamento illecito degli amministratori, le frodi aventi per oggetto strumenti mobiliari (*insider trading*, ecc.), dove le conseguenze dell'illecito di necessità devono essere separate dagli effetti di altri eventi.

L'onere della prova nel caso di illecito extracontrattuale grava sul soggetto danneggiato. Quando il soggetto danneggiato poggia le proprie richieste su mere evidenze fattuali, il soggetto che si presume abbia compiuto l'atto illecito può dimostrare attraverso l'analisi della causalità economica l'assenza di danno risarcibile.

Es. In una causa per abuso di direzione e coordinamento l'analisi economica può mostrare

che i vantaggi compensativi (indiretti) hanno più che compensato gli effetti negativi (diretti) conseguenti alla decisione assunta dal Gruppo. L'analisi della causalità economica del danno deve pertanto identificare le variabili chiave alla base degli effetti negativi e dei benefici compensativi.

La causalità giuridica presuppone che l'inadempimento o l'illecito extracontrattuale sia la causa principale del danno, nel senso che non è sufficiente che l'inadempimento o l'illecito extracontrattuale accresca l'esposizione al rischio di altri eventi sfavorevoli. In altri termini, la causalità deve essere diretta e non mediata. Pertanto l'analisi della causalità economica deve evidenziare l'esistenza o meno di causalità diretta.

L'analisi della causalità economica è finalizzata innanzitutto a definire l'*andebeatur* e precede la stima del danno, ma non ne è disgiunta dalla quantificazione successiva, in quanto permette di identificare quali elementi siano rilevanti nella stima del danno.

Frequentemente il danneggiato, sulla base della sola analisi della causalità giuridica che gli attribuisce la legittimità al risarcimento, cade nell'errore di sovrastimare gli effetti (negativi) dell'evento dannoso.

Es. Un evento dannoso ha comportato una perdita di clienti da parte del danneggiato in un certo arco di tempo. Tuttavia la perdita di tutti i clienti intervenuta in quell'arco di tempo non può essere attribuita all'evento dannoso, in quanto tutte le imprese guadagnano e perdono clientela. Il danno dovrà pertanto essere misurato sulla base della maggiore perdita di clienti (attrition) subita nel periodo rispetto a quella che l'impresa avrebbe normalmente registrato. L'analisi della causalità economica del danno identifica nel maggior tasso di "attrition" della clientela il principale driver del danno. Sarà poi la ragionevolezza delle assumptions in merito ai ricavi incrementali persi e dai costi incrementali a consentire di compiere una appropriata analisi economica differenziale.

Allo stesso modo è frequente che il soggetto inadempiente od il cui comportamento ha generato il danno ne sotto stimi gli effetti negativi, in virtù della buona performance comunque ottenuta dal danneggiato.

Es. Un evento dannoso ha comportato una perdita di ricavi (e di utili) in capo all'impresa danneggiata rispetto a quanto avrebbe potuto ragionevolmente attendersi, ma quest'ultima ha registrato comunque un aumento di ricavi (e di utili) rispetto all'esercizio precedente. L'analisi differenziale alla base della stima del danno deve confrontare lo scenario "but for" con lo scenario "actual" e non la semplice variazione di ricavi (e di utili) rispetto all'anno precedente, le migliorate performance dell'impresa non sono prova dell'assenza di danno.

L'analisi della causalità economica è dunque utile anche per una corretta misurazione del danno, in quanto consente di identificare:

A) come stimare il danno e più in particolare di definire:

- a) se fare riferimento all'interesse positivo o all'interesse negativo (nel caso di inadempimento contrattuale), in relazione alla maggiore o minore ragionevole certezza della stima;
- b) se adottare una prospettiva *ex ante* o *ex post* (ovvero in che misura considerare la variazione di valore del bene danneggiato, in quanto il danno può consistere anche nella

- 482 perdita dell'occasione di vendere il bene al tempo del suo maggior valore);
- 483 c) come evitare duplicazioni nella stima del danno (commistioni di danno risarcibile da
484 interesse positivo e da interesse negativo, quale il caso in cui si considerino le spese già
485 sostenute nella stima dell'interesse positivo⁷) o come evitare di considerare gli effetti che
486 invece debbono essere trascurati (tipicamente i benefici realizzati dal creditore mediante
487 acquisto sostitutivo del bene che non gli è stato consegnato dal venditore inadempiente⁸);
- 488 d) come isolare gli effetti negativi della condotta (commissiva od omissiva) dalle
489 conseguenze di altre circostanze ed eventi (precedenti, contestuali o successivi);

490 B) gli elementi necessari alla quantificazione del danno stesso ed in particolare:

- 491 a) l'eventuale trasferimento (parziale o totale) a terzi del danno;
- 492 b) l'eventuale presenza di danni indiretti (quando il debitore è chiamato a rispondere a titolo
493 contrattuale nei confronti di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, ma che ha un
494 interesse concreto all'esatto adempimento della prestazione);
- 495 c) i *driver* della lesione (ovvero le variabili economiche responsabili della lesione);
- 496 d) la durata (ovvero il periodo lungo il quale) si manifesta il danno;
- 497 e) la presenza o meno di azioni di prevenzione e di mitigazione dei rischi;
- 498 f) la presenza di situazioni atipiche o abnormi;
- 499 g) la consequenzialità degli eventi rilevanti.

500 Ai fini dell'analisi della causalità economica non è necessario che le conseguenze
501 dell'inadempimento o dell'illecito abbiano già per intero esaurito i loro effetti. Nella stima
502 del danno contano infatti tre date:

- 503 a) la data in cui è sorta l'obbligazione;
- 504 b) la data in cui deve essere eseguita l'obbligazione o si è verificato l'atto illecito
505 extracontrattuale⁹;
- 506 c) la data in cui si sono esaurite le conseguenze negative dell'inadempimento o dell'illecito
507 extracontrattuale.

508 La data della valutazione (e dell'analisi della causalità economica del danno) è sempre
509 successiva alle date in cui è sorta l'obbligazione e si è verificato l'atto illecito, ma non è
510 necessariamente successiva anche alla data in cui si sono esauriti gli effetti lesivi
511 dell'inadempimento o dell'illecito.

512 Quando la data della valutazione è antecedente alla data in cui si prevede si esauriranno gli
513 effetti lesivi dell'inadempimento o dell'illecito la stima del danno non avviene solo
514 confrontando uno scenario ipotetico ("*but for*") storico con i risultati a consuntivo, ma - per
515 la parte di effetto negativo non ancora esauritosi - confrontando anche scenari prospettici

⁷ Cfr. esempio paragrafo 1.2.1.

⁸ Cfr. esempio paragrafo 1.2.

⁹ Quest'ultimo può essere di tipo commissivo (quando consiste in un *facere*) od omissivo (quando consiste in un *non facere*).

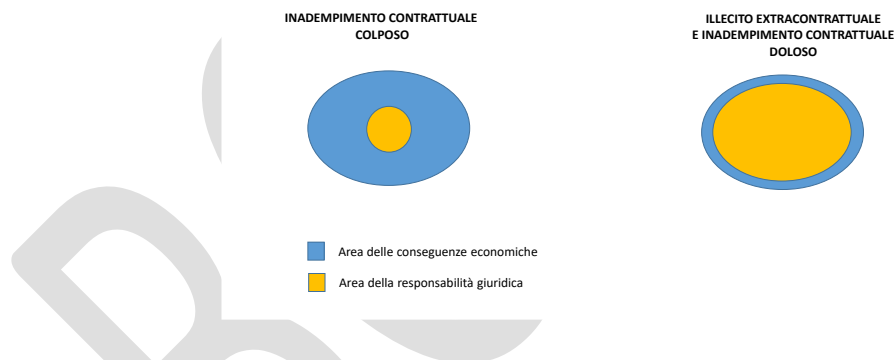
(“*but for*” e con gli effetti lesivi previsti). In entrambi i casi lo scenario ipotetico (“*but for*”) dovrebbe riflettere le aspettative alla data in cui si è verificato l’inadempimento e/o si è verificato l’illecito.

La causalità economica è differente dalla causalità giuridica. La prima mira a definire la successione degli eventi che l’inadempimento o l’illecito extracontrattuale hanno generato (c.d. *causation*) mentre la causalità giuridica definisce fino a che punto il soggetto inadempiente o che ha compiuto il torto è responsabile (*liability*). Dunque ai fini della stima del danno ciò che rileva è il limite posto dalla causalità giuridica, data la successione degli eventi identificata dall’analisi economica.

Normalmente nell’inadempimento contrattuale (colposo) l’area della responsabilità giuridica al risarcimento (causalità giuridica) è molto più contenuta dell’area delle conseguenze economiche dell’evento dannoso. Nel caso di illecito extracontrattuale o di inadempimento contrattuale doloso la differenza fra conseguenze economiche e area di responsabilità è molto più limitata e generalmente finisce per essere confinata alle conseguenze che non si è in grado di dimostrare con ragionevole certezza.

La fig. 1 illustra questa relazione.

Fig.1. Relazione fra causalità economica e causalità giuridica nell’inadempimento contrattuale e nell’illecito extracontrattuale



Nei casi di inadempimento contrattuale (colposo) la causalità giuridica è più restrittiva della causalità economica e ne definisce dunque i limiti rilevanti, infatti:

- la causalità giuridica può limitare la responsabilità alle conseguenze dirette del comportamento che ha generato il danno, troncando la catena di accadimenti indotti dall'inadempienza (la cosiddetta consequenzialità degli accadimenti indotti dall'evento dannoso). Nel caso dell'inadempimento contrattuale (colposo), la responsabilità giuridica è limitata alle conseguenze dirette. La principale ragione di ciò va ricercata nel fatto che in un contratto le parti definiscono le tutele contrattuali che ritengono opportune ed in assenza di tutele specifiche la parte inadempiente (per colpa, non per dolo) è chiamata a risarcire solo le conseguenze dirette e prevedibili del danno. Nell'inadempimento contrattuale il danneggiato non può essere risarcito in misura superiore a ciò che ragionevolmente sarebbe stato prevedibile. Ciò significa che il danneggiato oltre a dover dar dimostrazione di aver operato per mitigare il danno, dovrebbe prevenire la possibilità che l'inadempimento procuri un danno molto maggiore rispetto a quello prevedibile, attraverso adeguate politiche preventive di contenimento dei rischi. Il danno deve quindi presupporre una struttura

organizzativa del danneggiato in grado di prevenire effetti anormalmente negativi dell'inadempimento;

- b) la causalità giuridica può limitare il danno a ciò che si sarebbe generato in condizioni normali e non con riferimento alla specifica situazione del danneggiato. Il principio è quello della regolarità causale, nel senso che ciascuno può essere considerato responsabile delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiano sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili. Se sotto il profilo dell'analisi economica è pacifico che imprese diverse possano presentare una diversa esposizione al rischio di manifestazione di uno stesso evento dannoso (quindi è pacifico che il danno sia *entity specific*), sotto il profilo della responsabilità giuridica la situazione specifica dell'impresa rileva solo nel caso di illecito extra-contrattuale o di inadempimento contrattuale di natura dolosa, ma non nei casi di inadempimento contrattuale colposo. E' importante chiarire che la prevedibilità attiene all'ammontare del massimo risarcimento. Ciò significa che un'impresa che abbia posto in essere misure preventive del danno e che a seguito dell'evento dannoso abbia subito un danno inferiore a quello che sarebbe stato oggettivamente prevedibile per un normale altro soggetto, potrà essere risarcita solo del danno effettivamente subito. Ne consegue che nel caso di inadempimento contrattuale (colposo) il danno:

- sino al limite di ammontare normale oggettivamente prevedibile è una misura soggettiva (*entity specific*);
- oltre tale limite è una misura anormale (*non entity specific*), considerato che il profilo soggettivo non è più rilevante e assume rilievo invece una misura normale di danno, in quanto il danneggiante (debitore) non può rispondere di eventuali carenze organizzative o finanziarie del danneggiato.

Nel caso di inadempimento doloso, invece, la regola della prevedibilità non trova applicazione ed il danno finisce con l'essere sempre soggettivo (*entity specific*), ancorché limitato comunque alle conseguenze dirette.

Nel caso di illecito extracontrattuale, infine, l'analisi della causalità giuridica e della causalità economica normalmente si svolgono contemporaneamente, in quanto in questi casi la causalità giuridica non opera in senso restrittivo in quanto non avrebbe senso limitare la responsabilità del danno conseguente ad un illecito extracontrattuale. Il limite della prevedibilità del danno (proprio dell'inadempimento contrattuale colposo) nel caso di illecito extracontrattuale viene meno e sopravvive il solo limite della regolarità causale (ovvero della normalità della successione delle conseguenze dell'atto illecito, che porta ad escludere solo le conseguenze abnormi o eccezionali). Tuttavia nel caso di illecito la responsabilità del debitore è limitata al danno ingiusto (ovvero la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione) e non al danno *tout court* (ovvero l'effetto negativo dell'evento lesivo). Dunque l'analisi economica è svolta al fine di verificare l'esistenza del nesso causale tra il comportamento (commissivo od omissivo) del soggetto agente ed il danno ingiusto.

Proprio in virtù dell'inapplicabilità della regola della prevedibilità all'inadempimento doloso è molto importante che l'analisi giuridica identifichi quando ricorra il dolo. Un caso particolarmente critico è costituito dal c.d. inadempimento efficiente (che ricorre quando l'inadempiente intenzionalmente ha inadempito per poter realizzare un contratto alternativo

con un soggetto terzo in cambio di un maggior profitto). Una concezione allargata contempla fra i casi di inadempimento doloso anche l'inadempimento efficiente. Una concezione più ristretta invece mira a non disincentivare il c.d. inadempimento efficiente, ovvero la valutazione di convenienza da parte del soggetto inadempiente a non adempiere realizzando una transazione alternativa economicamente più favorevole. Se infatti una volta ristorato il danno (prevedibile) in capo al danneggiato – che viene posto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non fosse stato computo – l'inadempiente è in grado di generare un ulteriore profitto, non vi sarebbe ragione – nella prospettiva del benessere collettivo ed in termini astratti - per disincentivare tale comportamento.

Le ragioni per cui, nei casi di inadempimento contrattuale colposo, la causalità giuridica tende a limitare la responsabilità rispetto alla concatenazione di eventi negativi che l'analisi economica potrebbe far emergere, va ricercata nell'obiettivo di mantenere un'atmosfera di fiducia nella realizzazione degli scambi, consentendo alle parti di valutare ex ante il rischio in cui potrebbero incorrere in caso di inadempimento.

Come meglio precisato in appendice, nessuna norma definisce cosa si debba intendere per nesso causale. Per “comune opinione” un evento può dirsi causato da un altro se, a parità di altre circostanze, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo. In linea generale si può sostenere che l'analisi della causalità economica non riguarda solo cosa sarebbe successo se l'evento non si fosse verificato, ma anche cosa è successo per cause diverse dall'evento (ed estranee ad esso). Questa è la ragione per cui l'analisi della causalità economica può assumere due principali forme in relazione al fatto che si adotti la prospettiva del danneggiato o del soggetto inadempiente, riconducibili a:

a) un'applicazione in positivo (dimostrazione) che richiede che il danneggiato provi che “se non” (*but for*) ci fosse stato l'illecito o l'inadempimento non avrebbe sofferto perdite;

b) un'applicazione in negativo (confutazione) che richiede che il soggetto inadempiente o che ha compiuto il torto provi che il danno sarebbe stato sofferto comunque per cause al di fuori della sfera dell'inadempimento o dell'illecito e che dunque l'inadempimento o l'illecito non è la causa principale e normale del danno.

Normalmente l'analisi della causalità economica anticipa la stima del danno in quanto quest'ultima discende logicamente dall'analisi causale. Perché il danneggiato sia legittimato al risarcimento del danno occorre infatti che il nesso di causalità fra l'inadempimento o l'illecito ed il danno sia dimostrabile con ragionevole certezza.

Di qui l'interrogativo: quanto effetto causale è necessario (ovvero quale è il c.d. *standard of proof*)? La risposta è che non è sufficiente che il nesso causale sia plausibile (possibile), deve essere probabile, nel senso che il termine “ragionevole certezza” identifica un nesso causale più probabile che non (51% di probabilità o più) o se si preferisce occorre che l'inadempimento o l'illecito sia la causa principale del danno.

Il principio della ragionevole certezza riguarda la c.d. prova dei fatti, ovvero la circostanza che sia stato l'evento dannoso a provocare la lesione al danneggiato, ma non riguarda invece la misura del danno.

Dunque, la “probabilità” lavora diversamente a livello di:

- a) analisi di causalità economica (dove è necessario dimostrare che la conseguenza dannosa è più probabile che non). Ciò significa ad esempio che nel confronto fra lo scenario rivendicato (“*but for*”) e la situazione effettivamente creatasi occorre verificare che la differenza sia

attribuibile con maggiore probabilità all'evento dannoso e non invece ad altri fattori che possono aver influenzato la condizione effettiva;

- b) stima del danno (dove la probabilità definisce il danno patrimoniale subito, a prescindere dal fatto che sia più probabile che non). Infatti, quando la probabilità è inferiore al 51% ma comunque è realistico identificare una concreta possibilità di perdita di lucro è previsto che il danno includa anche la perdita di *chance*. Lo scenario rivendicato deve essere realistico e fondato, ma non necessariamente più probabile che non. Ciò in particolar modo nel caso dei danni da illecito extracontrattuale per i quali il danno risarcibile assume anche una funzione disincentivante nei confronti del soggetto che ha compiuto l'illecito.

Di qui la circostanza per cui la mancanza di un adeguato livello di prova riguarda più l'analisi della causalità economica che non la stima del danno, la quale al limite può essere risolta anche in via equitativa, quando la dimostrazione è troppo complessa.

Gli obiettivi della responsabilità contrattuale sono:

- a) reintegrare il patrimonio del creditore delle conseguenze negative prevedibili dirette ed immediate dell'inadempimento (tendenzialmente rendendo il creditore indifferente fra la situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto o se fosse riconosciuto il risarcimento);
- b) compensare, ma non arricchire il danneggiato, in relazione ai rischi effettivamente sostenuti (il creditore ha diritto a ricevere nulla di più e nulla di meno di quanto ha effettivamente perso, tenuto conto degli investimenti effettuati);
- c) favorire un'atmosfera di fiducia negli scambi commerciali (ciò comporta che i contraenti non debbano sostenere costi specifici addizionali rispetto alla normale diligenza che il contratto impone per analizzare le caratteristiche della controparte e la sua capacità ad adempiere).

Gli obiettivi della responsabilità da illecito extracontrattuale invece consistono nel:

- a) reintegrare il patrimonio del creditore di tutte le conseguenze ragionevolmente imputabili all'atto illecito (escludendo solo quelle conseguenze assolutamente imprevedibili in quanto eccezionali);
- b) disincentivare il fatto illecito tutelando gli interessi lesi in modo pieno ed assoluto (nel caso di violazione dei diritti di proprietà intellettuale il danno risarcibile si estende all'ingiusto arricchimento).

La distinzione fra i due tipi di responsabilità (da inadempimento contrattuale o da illecito extracontrattuale) assume particolare rilievo con riguardo a due profili molto importanti nell'analisi della causalità economica del danno, riassumibili ne:

- a) il grado di soggettività del danno. Uno stesso evento dannoso può infatti generare conseguenze molto diverse in capo ad imprese diverse, ma - come si è detto - nel caso di inadempimento contrattuale le conseguenze trovano un limite nella regola della normalità, mentre nel caso di fatto illecito possono considerare tutte le specificità del soggetto danneggiato;
- b) la prevedibilità del danno (nell'ammontare del danno, non nella tipologia di danno provocato) e delle sue conseguenze. La concatenazione degli eventi è di necessità più limitata nel caso di responsabilità contrattuale mentre è più estesa nel caso di

681 responsabilità da fatto illecito.

682 L'analisi della causalità economica assume particolare rilievo ogniqualvolta la semplice
683 analisi fattuale non è sufficiente ad identificare il nesso di causalità (e l'intensità di tale nesso
684 in termini di probabilità), perché è difficile isolare l'effetto dell'evento dannoso dagli effetti
685 di altri fattori esogeni. In questi casi esiste incertezza della causalità (*causal uncertainty*) che
686 richiede di essere risolta attraverso un'adeguata analisi economica nel senso di definire in
687 senso probabilistico (più probabile che non) il nesso fra inadempimento o illecito e
688 conseguenze subite.

689 L'analisi della causalità economica si svolge sempre su due livelli:

- 690 a) l'analisi dei fatti (le evidenze), che normalmente costituisce la presentazione introduttiva
691 all'analisi economica vera e propria;
- 692 b) l'organizzazione di un modello di analisi che tenga conto di tutti gli elementi rilevanti. La
693 modellizzazione è utile per disporre di un quadro sistematico di esame dei fatti; essa non si
694 sostituisce all'analisi fattuale, ma è indispensabile per isolare gli effetti dell'inadempimento
695 o dell'illecito extracontrattuale e stabilire il giusto risarcimento. Nel senso che in molti casi
696 non è possibile passare dai fatti (le evidenze) alle conclusioni (stima del danno) senza
697 un'adeguata analisi di causalità economica.

698 Sostenere che l'evento "x" causa il danno "y" significa che $y = f(x)$ ma il modello utile a
699 spiegare tale relazione può fondarsi su criteri statistici/econometrici o su analisi di relazioni
700 economiche logiche. In entrambi i casi la scelta del modello non è necessariamente neutra.
701 Dalla scelta del modello e degli input di cui si può alimentare, può discendere un diverso
702 giudizio di causalità economica dell'inadempimento o dell'illecito. Al pari di qualunque
703 attività professionale, l'analisi della causalità economica è frutto di un giudizio professionale
704 che richiede un'adeguata interpretazione dei fatti e delle circostanze per selezionare i *driver*
705 di valore che ragionevolmente hanno causato la lesione a seguito dell'inadempimento o
706 dell'illecito extracontrattuale per i quali possa esserci responsabilità in senso giuridico. E'
707 questa per altro una circostanza che ricorre anche nella più semplice analisi fattuale.

708 Si pensi al caso di un giovane neopatentato che guidando un'auto potente che non potrebbe
709 guidare su una strada dissestata colpisce con un sasso schizzato dalla ruota un pedone
710 ferendolo gravemente. Per qualcuno il *driver* del danno potrebbe essere l'inesperienza del
711 ragazzo che guidava un'auto più potente di quanto avrebbe potuto, per qualcun altro il driver
712 del danno potrebbe essere ricondotto alla strada dissestata e quindi al soggetto deputato a
713 mantenerla in ordine a prescindere dal fatto che fosse segnalato il fondo dissestato, per altri
714 ancora al pneumatico della vettura inadatto al fondo stradale dissestato. Non esiste dunque
715 una sola visione oggettiva della causalità del danno, ma una interpretazione dell'evento
716 attraverso un modello in grado di identificarne la causa più rilevante. Nel nostro esempio,
717 tuttavia, l'analisi potrebbe fondarsi su modelli finalizzati a dimostrare alternativamente:

- 718 a) la maggiore frequenza di incidenti realizzati da giovani neopatentati;
- 719 b) l'elevata frequenza di incidenti analoghi già avvenuti in quel tratto di strada da quando è
720 dissestata a prescindere dall'età del guidatore;
- 721 c) l'inadeguatezza dei pneumatici al percorso accidentato segnalato.

722 La qualità della analisi di causalità economica è funzione principalmente di due ordini di

723 fattori:

724 a) la disponibilità e la qualità di dati e di informazioni;

725 b) la capacità di impostare un modello di analisi adeguato.

726 Molte volte il modello di analisi è troppo semplicistico rispetto al grado di incertezza causale,
727 per la presenza di fattori esogeni rilevanti che il modello trascura e/o per la difficoltà di isolare
728 l'effetto e la probabilità dell'evento dannoso. Il nesso di causalità deve essere dimostrabile
729 con ragionevole certezza e non può essere una mera ipotesi o peggio ancora un'assunzione
730 implicita.

731 L'analisi della causalità economica deve essere ben strutturata e presentata in forma
732 comprensibile. A tal fine:

733 a) l'analisi economica deve essere in grado di dare risposta alle seguenti domande:

734 • il danneggiato avrebbe subito comunque il danno se l'illecito extracontrattuale o
735 l'inadempimento non fossero avvenuti? (ovvero le conseguenze dell'inadempimento
736 o dell'illecito extracontrattuale sono ridondanti rispetto ad altri eventi negativi
737 accaduti precedentemente, nel durante o successivamente?)

738 • il danneggiato avrebbe subito il danno se avesse avuto una esposizione normale al
739 rischio di inadempimento e di illecito? (ovvero se avesse adottato le normali misure
740 preventive?)

741 • il danneggiato avrebbe subito il danno se avesse messo in atto adeguate misure di
742 mitigazione del danno stesso?

743 • il soggetto che ha subito l'inadempimento o il torto è il reale danneggiato, oppure ha
744 traslato a valle o a monte le conseguenze dell'evento dannoso? (ovvero quali parti
745 hanno causato il danno e quali parti hanno sofferto il danno?)

746 • esiste la concorrenza di più eventi dannosi ciascuno da solo in grado di causare il
747 danno (*overdetermination*)?

748 • per quanto si estende il periodo lungo il quale va calcolato il danno?

749 b) le assunzioni devono essere adeguatamente evidenziate nel lavoro dell'esperto e l'analisi di
750 supporto deve essere adeguata.

751 La corretta stima del danno è normalmente resa complessa dall'esigenza di isolare gli effetti
752 dell'inadempimento contrattuale o del comportamento che ha generato il danno dagli effetti
753 di altri eventi e concause. L'inadempimento contrattuale o il comportamento dannoso non
754 agisce in un *vacuum*, ma va contestualizzato nel sistema d'impresa e del suo ambiente. In
755 particolare, l'analisi della causalità economica del danno è finalizzata ad identificare:

756 • Gli effetti economici attribuibili esclusivamente all'inadempimento o al comportamento
757 che ha generato il danno (isolandolo da tutti gli altri effetti che ad esempio possono avere
758 generato una flessione dei ricavi di parte attrice, quali ad esempio la dinamica del ciclo
759 economico, la dinamica del settore, il ciclo di vita dell'impresa, ecc.);

760 • Gli effetti consequenziali che devono o che non devono essere considerati nella stima
761 del danno (sia in termini di azioni di mitigazione del danno intraprese dal danneggiato

sia in termini di eventi successivi che possono avere aggravato il danno) ed in particolare quando la catena degli effetti deve essere interrotta;

- Il periodo di riferimento su cui va calcolato il danno (non solo in termini di estensione, ma anche di natura: periodo già concluso, periodo non ancora concluso, prospettiva indefinita).

1.1.5. Gli effetti economici attribuibili all'evento dannoso.

Il danno in senso economico ha per sua natura una dimensione *firm specific* (soggettiva), nel senso che ciascuna azienda è diversamente esposta ad uno stesso inadempimento o evento dannoso. La causalità giuridica tuttavia limita il danno risarcibile a:

- a) il *danno prevedibile*, nel caso di inadempimento contrattuale colposo;
- b) il *danno ingiusto*, in tutti gli altri casi (inadempimento contrattuale doloso, illecito extracontrattuale e concorso di inadempimento contrattuale ed illecito extracontrattuale), valutato nella prospettiva della regolarità causale (ovvero escludendo gli effetti dovuti a situazioni eccezionali o abnormi e più in generale a deficienze organizzative o finanziarie).

La comprensione degli effetti economici attribuibili all'inadempimento o al comportamento suscettibile di generare un danno richiede innanzitutto un'approfondita analisi dell'economia dell'azienda che ne ha subito le conseguenze. Infatti occorre considerare le azioni di mitigazione "preventive" che l'azienda danneggiata avrebbe dovuto adottare. Il risarcimento non può essere esteso alle conseguenze di scelte imprenditoriali che hanno reso fragile o più esposta al danno l'impresa per scelte imprenditoriali non diligenti.

La logica da seguire è tuttavia diversa nei casi di inadempimento contrattuale o di illecito extracontrattuale.

Consideriamo due diversi esempi di inadempimento contrattuale:

Es 1. *Uno stesso inadempimento contrattuale può comportare conseguenze limitate in capo ad un'impresa con una solida struttura finanziaria, mentre può comportare il dissesto di un'impresa finanziariamente fragile. Poiché il dissesto non è una conseguenza prevedibile dell'inadempimento (non si può pretendere che il fornitore analizzi la struttura finanziaria delle imprese clienti) il danno deve escludere le conseguenze legate alla fragilità finanziaria.*

Es 2. *L'inadempimento di un fornitore di un input produttivo ha un diverso impatto a seconda che il cliente disponga di un adeguato magazzino di materia prima o lavori con tecniche just in time. L'adozione di una tecnica just in time non può essere sconosciuta al fornitore e come tale rappresenta un elemento che va considerato nella stima del danno.*

Consideriamo ora due diversi esempi di illecito extracontrattuale:

Es 1. *Un comportamento anti concorrenziale dei fornitori (accordati in un cartello anti-competitivo a danno dell'impresa cliente), sottrae reddito all'impresa solida, mentre può generare il dissesto dell'impresa fragile. Se la fragilità è dettata da una condizione oggettiva di contesto (ad esempio una strutturale ridotta marginalità delle imprese a valle nella value chain rispetto a quelle a monte, le imprese fornitrici che hanno adottato il comportamento anticoncorrenziale) o è inevitabile per la condizione propria della specifica impresa (la fragilità discende dal fatto che si tratta di una start-up) allora la stima del danno deve considerare anche il dissesto.*

802 *Es. 2. Il comportamento anticoncorrenziale del fornitore genera il dissesto dell'impresa cliente.*
803 *Tuttavia se la fragilità dell'impresa cliente è dettata da scelte imprenditoriali specifiche*
804 *(sottocapitalizzazione dell'impresa, carenze organizzative) che avrebbero potuto essere evitate,*
805 *la stima del danno deve escludere l'evento dannoso dalle cause del dissesto.*

806 L'analisi dei fatti e delle circostanze che contraddistinguono l'inadempimento o l'illecito
807 extracontrattuale consentono di comprendere il contesto nel quale l'evento dannoso ha operato e
808 quindi:

- 809 a) l'esposizione dell'impresa all'evento dannoso che rileva ai fini della stima del danno risarcibile;
810 b) gli eventi diversi dall'evento dannoso (le concause) che hanno lenito o aggravato le
811 conseguenze dell'evento dannoso.

812 È necessario escludere dall'analisi del danno i benefici delle azioni di *mitigazione* emesse in atto
813 dall'azienda quando i benefici di tali mitigazioni avrebbero comunque potuto essere goduti
814 dall'impresa indipendentemente dall'evento dannoso.

815 *Es. A seguito dell'inadempimento contrattuale di un fornitore che impedisce la produzione del*
816 *prodotto X, l'impresa danneggiata decide di anticipare di un anno il lancio sul mercato del prodotto*
817 *Y per limitare le perdite conseguenti alla mancata produzione di X. I benefici rivenienti dalle*
818 *vendite del prodotto Y non sono imputabili a riduzione del danno dell'inadempimento contrattuale*
819 *che ha impedito la produzione di X, perché l'azienda aveva già in programma di lanciare il prodotto*
820 *Y (ancorché con un anno di ritardo rispetto a quanto poi realizzato). Piuttosto va considerato se*
821 *l'anticipazione di un anno del lancio del prodotto Y non abbia fatto perdere all'azienda delle*
822 *opportunità di reddito (che l'opzione di attendere migliori condizioni di mercato avrebbe invece*
823 *consentito di sfruttare).*

824 Per isolare correttamente gli effetti dell'inadempimento o dell'evento dannoso è necessario
825 innanzitutto comprendere la natura della lesione. In particolare, come sarà meglio illustrato nel
826 capitolo 3, il danno può generare delle lesioni di natura essenzialmente patrimoniale oppure di
827 compromissione di uno scenario economico.

828 *Es. La mancata consegna di un macchinario destinato a sostituire un macchinario obsoleto di*
829 *norma ha effetti solo patrimoniali, se la sostituzione è sollecitata.*

830 *Tuttavia possono emergere altre conseguenze. Il mancato rispetto del piano di lancio di nuovi*
831 *prodotti da parte del produttore che ha concesso la distribuzione in esclusiva ad un distributore*
832 *che ha già sostenuto le spese di promozione sul mercato di riferimento ha effetti sulle future*
833 *prospettive di crescita (del distributore) e dunque ha generato una compromissione dello scenario*
834 *economico, che esula dalla normale prevedibilità nel caso in cui non fosse in precedenza già*
835 *programmato un piano di uscite di nuovi prodotti sul mercato.*

836 L'esperto deve identificare la natura della lesione su cui ha o avrebbe dovuto avere impatto
837 l'inadempimento o l'evento dannoso.

838

839 1.1.6 Gli effetti consequenziali da considerare nella stima del danno

840 La stima del danno deve considerare le normali azioni di mitigazione che il danneggiato avrebbe

841 potuto intraprendere anche quando non sono state effettivamente intraprese. Tuttavia occorre ribadire
842 che l'obbligo di mitigazione non significa necessariamente avere successo. Se la (tentata)
843 mitigazione genera più costi che benefici per cause oggettive, essa aggrava il danno risarcibile.

844 Quando invece l'illecito extracontrattuale ha avuto l'effetto di accrescere l'esposizione del soggetto
845 danneggiato agli effetti negativi di eventi successivi, il danno deve considerare anche i maggiori
846 effetti negativi conseguenti alla maggiore esposizione al rischio.

847 *Es. La politica anticoncorrenziale del concorrente incumbent finalizzata ad escludere dal*
848 *mercato il nuovo entrante che potrebbe costituire una minaccia, compromette la capacità di*
849 *reddito del nuovo entrante non consentendogli il rispetto di alcuni covenants sul debito. Ciò ha*
850 *comportato per l'impresa nuova entrante un sensibile incremento del costo del debito ed una*
851 *riduzione delle linee di fido, con conseguente esigenza di ricorrere ad un aumento di capitale (che*
852 *non sarebbe stato necessario in assenza di evento dannoso). Il danno include il maggior costo del*
853 *debito e l'effetto diluitivo dell'aumento di capitale in conseguenza del deterioramento della*
854 *struttura finanziaria d'impresa. In questo caso il vincolo della prevedibilità non opera.*

855 Alcuni inadempimenti o comportamenti dannosi hanno effetti che si estendono anche alle
856 prospettive di crescita. In questi casi il danno può estendersi anche al valore attuale netto di
857 investimenti (futuri) non ancora realizzati.

858 *Es. In un contratto di distribuzione in esclusiva, che prevede la distribuzione del prodotto su più*
859 *mercati, l'inadempimento del produttore non ha consentito al distributore di sviluppare le vendite*
860 *né sul mercato principale rispetto al quale aveva già investito, né su nuovi mercati in cui avrebbe*
861 *dovuto successivamente operare ai sensi dell'accordo di distribuzione stesso. Il danno deve*
862 *considerare anche la perdita economica conseguente ai nuovi mercati nei quali il distributore non*
863 *ha ancora investito, della quale il debitore doveva essere consapevole.*

864

865 1.1.7 Il periodo di riferimento di stima del danno

866 L'analisi della causalità economica del danno deve permettere anche di stimare il periodo di
867 riferimento lungo il quale si estende il danno (concluso, non ancora concluso, vita indefinita).

868 Nel caso di inadempimento contrattuale normalmente il periodo di riferimento considera la durata
869 del contratto ed i suoi eventuali rinnovi, quando realistici.

870 Nel caso di illecito extracontrattuale il periodo di riferimento dovrebbe considerare il tempo
871 necessario al danneggiato per recuperare la condizione iniziale antecedente all'evento dannoso.
872 Quando la situazione non è più recuperabile (o è recuperabile con uno sforzo economico
873 sproporzionato) è necessario considerare le conseguenze del danno in prospettiva indefinita.

874 Infine il danno ha vita indefinita quando compromette l'esistenza stessa di un "business".

875

876 1.2. Le metodiche di analisi economica per la valutazione dei danni

877 1.2.1 La logica generale dell'analisi differenziale

878 La valutazione dei danni associati ad operazioni economiche richiede una particolare applicazione
879 dell'*analisi differenziale*, e cioè della metodica che permette di identificare gli effetti rilevanti nella
880 sfera dell'economia di ogni decisione aziendale. Ai fini di qualsiasi scelta di comportamento è infatti
881 necessario e sufficiente prendere in esame le manifestazioni economiche che conseguono alla
882 particolare ipotesi di condotta e che in sua assenza non si verificherebbero. Nel caso in cui debba
883 essere istituito un confronto fra due o più alternative, questo può essere limitato alle sole grandezze
884 economiche che differenziano i percorsi allo studio, trascurando gli elementi che restano invariati.
885 Questo è il quadro generale nel cui ambito si colloca anche la valutazione dei danni, con le
886 precisazioni di natura giuridica già viste in precedenza.

887 In linea di principio, ogni evento dannoso procura una perdita di valore dell'azienda colpita. Tuttavia
888 solo nei casi più gravi si rende necessario procedere ad un confronto fra due valutazioni integrali
889 dell'intero complesso aziendale. Quando gli effetti lesivi sono limitati nel tempo (ad esempio alla
890 durata di un contratto, alla vita utile di un bene o agli effetti naturali di un provvedimento), anche in
891 seguito ai doverosi interventi di mitigazione, senza incidere sul valore terminale dell'azienda,
892 l'analisi può essere limitata alla parte del sistema che è direttamente colpita dal fatto lesivo.

893 Gli effetti da esaminare possono essere costituiti da variazioni nei costi, nei ricavi e negli investimenti
894 (oltre che nei rischi), nella duplice forma di incrementi o di decrementi. Ai fini dell'analisi sono
895 perciò da considerare *differenziali*, e dunque *rilevanti*, quei maggiori o minori costi, ricavi e
896 investimenti (con i rischi propri dello scenario di riferimento) che sono da imputare in via immediata
897 e diretta alla linea di condotta esaminata, poiché non si manifesterebbero nel caso in cui non fosse
898 formulata la relativa scelta. Gli elementi che invece non si modificano non sono rilevanti ai fini della
899 decisione.

900 Il principale ostacolo all'applicazione della logica differenziale è rappresentato dall'abitudine a
901 ragionare secondo i canoni del *calcolo di competenza*, che vorrebbero veder attribuiti ad ogni
902 operazione aziendale tutti gli impieghi di risorse compiuti in sua funzione, come pure tutti i benefici
903 ad essa legati da un rapporto causale. Questi criteri, anche se soddisfano le esigenze delle elaborazioni
904 compiute dalla contabilità analitica, soprattutto a scopo di controllo consuntivo, raramente sono
905 compatibili con le regole del calcolo differenziale¹⁰.

906

907 1.2.2. L'applicazione dell'analisi differenziale nella stima dei danni associati ad 908 operazioni economiche

909 Nel caso che qui interessa, l'analisi differenziale richiede l'esame delle variazioni che intervengono
910 fra due situazioni soggettive:

- 911 a) la *situazione effettiva* che presenta il soggetto in ipotesi danneggiato (eventualmente rettificata
912 per tenere conto degli interventi di mitigazione del danno ragionevolmente possibili e quindi
913 dovuti);
- 914 b) la *situazione rivendicata*, che può assumere contorni diversi.

¹⁰ In particolare, se un rapporto d'affari non modifica i costi di struttura, questi non devono essere imputati *pro-quota* al relativo risultato atteso. Se invece tali costi si modificano, la quota di pertinenza è pari all'incremento subito.

915 Il confronto fra le due situazioni deve permettere di individuare gli elementi che variano e che
916 pertanto sono da considerare rilevanti ai fini della valutazione del danno, separandoli da quelli che
917 non subiscono modificazioni e che pertanto non influenzano il calcolo. La ragionevolezza dei dati
918 economici che caratterizzano i due termini del confronto – e in particolare la situazione rivendicata
919 – deve essere naturalmente sottoposta a verifica con le procedure descritte nel cap. 3.

920 La richiesta di risarcimento può in concreto fare appello:

- 921 b₁) alla situazione preesistente all'atto ritenuto lesivo;
- 922 b₂) alla situazione attesa, sulla base di aspettative considerate normali;
- 923 b₃) alla situazione attesa, sulla base di linee di condotta operativamente definite;
- 924 b₄) alla situazione attesa, sulla base di un programma virtuale.

925 Il primo caso si verifica ad esempio quando il soggetto danneggiato è colpito da una cattiva
926 prestazione, da un atto di concorrenza sleale, dagli effetti di scelte errate. Il termine di riferimento
927 spontaneo è la situazione antecedente (che peraltro deve essere seguita nella sua evoluzione naturale).

928 Il secondo caso si presenta ad esempio quando è colpito un investimento (immobiliare o finanziario,
929 ma anche industriale) che non ha senso (o comunque è difficile) seguire nei mancati sviluppi
930 specifici, sicché la rivendicazione fa appello ai rendimenti alternativi di mercato per operazioni simili
931 (anche sotto il profilo del rischio). L'utilizzo di un rendimento medio-normale può intervenire anche
932 nel caso dei progetti operativamente definiti, per il trattamento dei flussi intermedi (la cui
933 destinazione specifica non è nota).

934 La terza situazione si presenta ad esempio nel caso della cattiva esecuzione di un rapporto contrattuale
935 esteso nel tempo, ovvero dell'interruzione del rapporto stesso, per il quale le variabili rilevanti sono
936 ben identificate e presentano una elevata visibilità.

937 L'ultimo caso si verifica per effetto della caduta di accordi di investimento, di progetti di
938 collaborazione o di nuove iniziative aventi natura di semplici "*chances*", perché non munite di una
939 strutturazione operativa in atto che conferisca visibilità dalle relative variabili economiche.

940 L'ampiezza dell'esplorazione, ai fini della ricerca degli effetti differenziali è diversa a seconda che
941 l'origine del danno sia costituita da un illecito di natura contrattuale colposo, oppure extra-
942 contrattuale (o contrattuale doloso).

943 Nel primo caso, infatti, le conseguenze immediate e dirette per il soggetto colpito devono essere
944 prevedibili in base alla normale successione degli eventi, sicché il soggetto inadempiente ne dovrebbe
945 avere la consapevolezza.

946 Questa limitazione non sussiste nel caso dell'illecito extra-contrattuale, in presenza del quale
947 dovranno essere individuate tutte le conseguenze che si sono manifestate per il creditore, siano esse
948 prevedibili o non prevedibili dal debitore, per fatti e a lui noti o non noti.

949 Nell'esame delle diverse situazioni è poi utile tenere presente che in un contenzioso il *focus* può
950 essere rappresentato:

- 951 1) dalla *lesione di un'attività patrimoniale*, come accade quando si manifestano dei vizi nella
952 fornitura di macchinario o nell'esecuzione di opere; al *danno emergente*, che richiama in primo
953 luogo l'attenzione, può peraltro accompagnarsi anche un *lucro cessante*, a volte limitato nel
954 tempo ed a volte più esteso (nonostante gli interventi di mitigazione);

955 2) dalla *lesione di uno scenario economico*, che peraltro può unire al *lucro cessante*, che rappresenta
956 il fatto centrale, uno spreco di investimenti portatore di un *danno emergente*. Lo scenario
957 economico, come già abbiamo detto, può riferirsi ad un segmento limitato oppure all'intero
958 sistema aziendale e può essere caratterizzato da un maggiore o minore grado di definizione.

959 Il peso relativo della componente patrimoniale e della componente reddituale influenza
960 l'impostazione delle analisi, pur nella doverosa completezza delle conclusioni.

961

962 1.2.3 L'analisi differenziale nel caso delle lesioni di natura essenzialmente 963 patrimoniale

964 L'esempio (reale) si riferisce alla costruzione di una centrale idroelettrica, nella quale la fornitura di
965 turbine subisce varie traversie, alla fine superate dal fornitore ma con danni per l'ATI appaltante che
966 sono precisati come segue:

- 967 a) costi diretti connessi alla manifestazione dei vizi della fornitura
- 968 – costi di gestione dei rapporti problematici;
 - 969 – collaudi supplementari e penali per malfunzionamento applicate dal committente in sede di
970 consegna delle opere
- 971 b) costi incrementati dovuti alla maggior durata del cantiere
- 972 – costi di struttura del cantiere – legati al tempo – sostenuti per i mesi di estensione (al netto
973 dei ritardi dovuti ad altre cause);
 - 974 – oneri finanziari diretti dovuti al ritardato incasso dei corrispettivi pattuiti con la società
975 elettrica committente (al netto dei ritardi dovuti ad altre cause);
 - 976 – costi amministrativi e finanziari supplementari sostenuti dall'ATI appaltante sempre per il
977 protrarsi del cantiere e dell'investimento in corso (limitatamente ai costi correlati al tempo
978 e per il periodo di ritardo specificamente imputabile)
- 979 c) oneri causati alla società elettrica committente:
- 980 – perdita di produzione dovuta al ritardato ingresso in attività della centrale;
 - 981 – maggiori costi di struttura della centrale sostenuti sempre per il ritardato inizio dell'attività.

982 Nell'analisi dei costi di struttura, dell'ATI appaltante come del committente, è necessario isolare gli
983 elementi che effettivamente variano per effetto della più estesa durata dei lavori.

984 Nell'esempio alla fine i vizi sono stati alla fine eliminati dal fornitore. Nei casi in cui ciò non avviene,
985 il soggetto danneggiato può doversi far carico dei costi di allestimento dei rimedi ed al limite anche
986 di sostituzione del macchinario, con ulteriori oneri differenziali a suo carico. Ed il danno per la
987 produzione può anche essere più incisivo.

988 Dal danno fondamentalmente patrimoniale possono infatti derivare alterazioni rilevanti anche nello
989 scenario economico (oggetto del paragrafo successivo) come risulta dall'esempio che segue.

990 La società Alfa opera nel settore alimentare (produce prodotti a base di cioccolato nel segmento di
991 alta gamma). Ha stipulato un contratto per la fornitura di una nuova linea di produzione nel proprio
992 stabilimento, destinata a sostituire una delle linee esistenti. Grazie alla capacità produttiva della nuova
993 linea, Alfa potrà anche ampliare la gamma di offerta ed entrare in un nuovo mercato/canale

994 (HORECA), rappresentato dai prodotti da banco per bar. In sede di installazione la nuova linea
995 presenta gravi problemi e ciò comporta una riduzione di capacità produttiva dello stabilimento di Alfa
996 per tre mesi. La società si adopera per l'acquisto e l'installazione di macchinari sostitutivi, trovandone
997 tuttavia solo di qualità inferiore in termini di prestazioni e di difettosità dei prodotti. Inoltre i
998 macchinari sostitutivi non sono in grado di realizzare i nuovi prodotti da banco per bar. La riduzione
999 di capacità produttiva determina l'incapacità di Alfa di evadere tutti gli ordini, lo spreco di materia
1000 prima deperibile, un elevato tasso di resi da parte dei clienti, la perdita di utili. L'aumento dei resi e
1001 le difficoltà di produzione si riverberano anche sull'immagine dei prodotti della società ed alcuni
1002 importanti clienti non rinnovano gli ordini rivolgendosi alla concorrenza. Sui *social network* si
1003 diffondono voci sulla peggiorata produzione di Alfa e commenti da parte di consumatori finali delusi
1004 da una qualità che non giustifica più un *premium price*.

1005 Il fornitore di impianti era consapevole della rilevanza strategica della nuova linea di produzione (di
1006 nuova generazione), per Alfa essendo quest'ultima un operatore del segmento *premium*. La novità
1007 produttiva avrebbe permesso alla società di rafforzare il proprio marchio sul *mass market*.

1008 Il danno in capo ad Alfa non riguarda solo la mancata consegna di un impianto rispondente alle
1009 prestazioni contrattuali, ma l'intero complesso delle conseguenze causate: ridotta capacità produttiva
1010 per tre mesi, perdita di utili per la mancata introduzione sul mercato dei prodotti da banco dei bar,
1011 l'inutilizzo della materia prima deperibile, e via di seguito.

1012 Tutti gli eventi descritti sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento contrattuale. La
1013 perdita di ordini da parte di grandi clienti deve essere ricondotta al peggioramento della qualità della
1014 produzione/immagine di Alfa. E ciò sebbene la società abbia cercato di mitigare il danno acquisendo
1015 di necessità un impianto dalle prestazioni inferiori ad un costo elevato. Anche questo maggior costo
1016 va imputato dal fornitore inadempiente.

1017 In definitiva, gli effetti negativi per Alfa indicati dall'analisi differenziale sono di tre tipi:

1018 a) **Lucro cessante**

1019 Alfa ha perso gli utili che avrebbe realizzato se la nuova linea di produzione avesse operato
1020 normalmente, al netto degli utili che ha comunque conseguito con l'impianto meno valido.
1021 L'orizzonte temporale da considerare è quanto meno pari alla vita utile del macchinario.

1022 La società ha anche registrato una perdita grave di immagine presso i consumatori finali
1023 (dimostrata da un'analisi del livello qualitativo dei commenti sui *social* e della correlazione fra
1024 tali commenti e le vendite nel passato). Ne è derivata una perdita di utili per il periodo necessario
1025 affinché, sostenendo opportuni costi di marketing, si possa ristabilire il livello di risultati
1026 precedente all'evento dannoso.

1027 b) **Danno emergente**

1028 Alfa ha dovuto acquisire un impianto con minore qualità produttiva, sostenendo un costo elevato
1029 anche per l'urgenza della fornitura. Il danno emergente è dato dal maggiore costo subito. Ha
1030 inoltre operato a ridotta capacità produttiva per tre mesi subendo costi per il personale inattivo,
1031 per la perdita di materiale deperibile, ecc. Infine ha sostenuto costi rilevanti per studi di mercato
1032 commissionati ad agenzie specializzate e per studi di *packaging* del nuovo prodotto da bar. Il
1033 danno emergente è rappresentato dalla somma di questi costi, vanificati nell'utilità.

1034

1035 c) **Perdita di chance**

1036 Alfa ha subito il mancato rinnovo di ordini da clienti importanti (gli ordini persi sono stimati
1037 rispetto all'esercizio precedente, quando i maggiori clienti storici hanno sempre acquistato

1038 notevoli quantità di prodotti). Inoltre non ha potuto entrare nel nuovo mercato per il quale era
1039 stato previsto un utile nel piano pluriennale, ha registrato una perdita grave di immagine innanzi
1040 ai consumatori finali e non ha rafforzato il *brand* nel segmento HORECA. Anche le relative
1041 perdite, valutate probabilisticamente, devono essere considerate.

1042

1043 1.2.4 L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario 1044 economico

1045 L'esempio (reale) si riferisce alla valutazione del danno causato dall'interruzione di un contratto
1046 pluriennale di co-distribuzione di prodotti farmaceutici, forniti da una casa straniera titolare della
1047 molecola e rivenduti con marchio autonomo da un produttore nazionale attraverso la propria rete di
1048 informatori medico-scientifici.

1049 Gli effetti economici del contratto rilevanti per il distributore sono i seguenti:

- 1050 a) i *costi iniziali* (non ricorrenti) da sostenere per acquisire il contratto e per porre le premesse
1051 di un efficace svolgimento del rapporto;
- 1052 b) i *benefici netti incrementali* annui conseguibili nel periodo di durata del rapporto, misurati
1053 dalla differenza fra ricavi e costi addizionali (ricorrenti) dovuti allo svolgimento delle
1054 operazioni previste dal contratto;
- 1055 c) *gli oneri di fine rapporto*, destinati a manifestarsi appunto alla conclusione del contratto (il cui
1056 rinnovo non è garantito).

1057 Gli elementi del primo gruppo (*costi iniziali*) sono tipicamente rappresentati:

- 1058 1) dai costi connessi all'acquisizione del contratto, in parte di carattere interno ed in parte dovuti
1059 all'utilizzo di servizi esterni (in particolare legali);
- 1060 2) dai costi, non di natura ricorrente, da sostenere per mettere l'organizzazione del distributore in
1061 grado di far fronte ai nuovi impegni: ne sono esempio gli eventuali oneri straordinari di
1062 impianto o di adeguamento della rete commerciale;
- 1063 3) dai costi di lancio, dovuti alla campagna promozionale di esordio.

1064 I *benefici netti annui incrementali* devono essere valutati ponendo a confronto i ricavi addizionali
1065 che il distributore può attendersi dal rapporto contrattuale ed i costi addizionali di tipo ricorrente che
1066 l'operazione comporta.

1067 I ricavi sono stimabili applicando alle vendite complessive del farmaco previste con il produttore
1068 estero la quota di mercato che il distributore mediamente realizza negli altri rapporti di co-
1069 distribuzione confrontabili. A causa della dilatazione dei tempi di giustizia, le vendite complessive
1070 stimate *ex ante* sono poi sostituite dalle vendite effettive realizzate nei primi anni in Italia dal
1071 produttore estero, e adeguando di conseguenza l'intero piano pluriennale. La quota di mercato è
1072 sempre quella che il distributore italiano dimostra di essere riuscito a realizzare con la
1073 commercializzazione di prodotti simili.

1074 I costi differenziali comprendono:

- 1075 1) i costi speciali dovuti alla particolare iniziativa, e dunque ad essa direttamente imputabili;
- 1076 2) i costi variabili di distribuzione sostenuti dal distributore, tratti dalla sua esperienza storica;

1077 3) l'incremento dei costi comuni all'intera organizzazione del distributore, dovuto all'esigenza di
1078 adeguare le strutture esistenti al livello richiesto dal nuovo volume di attività raggiunto per effetto
1079 del contratto; incremento stimato in base ai parametri empirici disponibili.

1080 Gli *oneri terminali* sono essenzialmente dovuti all'esigenza di ridimensionare l'apparato
1081 organizzativo del distributore, per renderlo compatibile con il diminuito livello di attività conseguente
1082 alla cessazione del rapporto contrattuale, ed agli squilibri che nel corso di tale processo possono
1083 verificarsi. Gli oneri in parola sono tipicamente costituiti:

- 1084 1) dai costi di ristrutturazione veri e propri;
- 1085 2) dagli eccessi di costi di struttura che a volte devono essere sopportati per qualche tempo, non
1086 potendo essere istantaneo il processo di ridimensionamento;
- 1087 3) dalle conseguenze indirette della ristrutturazione, che può essere all'origine di turbative e di
1088 difficoltà di varia natura.

1089 E' importante sottolineare che questi oneri terminali sono una conseguenza fatale del venir meno del
1090 rapporto contrattuale. Naturalmente il distributore avveduto si adopererà per fronteggiare tali negative
1091 conseguenze con misure adeguate, soprattutto di tipo preventivo; in particolare cercherà di dotarsi di
1092 strutture elastiche, al fine di limitare gli ostacoli ad un eventuale cambiamento di assetto, e di ridurre
1093 con un'efficace programmazione i fenomeni di discontinuità nel tempo dei carichi operativi.

1094 La tabella 1 mostra un semplice esempio numerico, con cifre puramente indicative, del profilo
1095 economico di un contratto quinquennale del tipo considerato, con oneri terminali che si manifestano
1096 nel corso del sesto anno. Se l'iniziativa non influenza sostanzialmente il capitale circolante del
1097 distributore (come per semplicità ipotizziamo in questo caso), i risultati dei vari anni non
1098 rappresentano solo quantità economiche (utili o perdite), ma anche flussi monetari (saldi fra entrate
1099 ed uscite).

1100 **Tabella 1: Profilo economico ipotetico di un contratto ad esecuzione continuata**

Anni	0	1	2	3	4	5	6
Costi iniziali	-50						
Risultati periodici netti		100	100	100	100	100	
Oneri terminali							-80
Risultati differenziali complessivi	-50	100	100	100	100	100	-80
Valore attuale	263						

1101 **Tabella 2: Profilo economico ipotetico delle conseguenze di un contratto interrotto**

Anni	3	4	5	6
Risultati differenziali in ipotesi di normale svolgimento del rapporto	100	100	100	-80
Valore attuale	187			
Risultati differenziali in ipotesi di interruzione del rapporto:				
- risultati periodici	-110	-110	-110	
- oneri terminali	-90			80
- risultati totali	-200	-110	-110	80
Valore attuale	-290			

1102

1103 Assumendo un tasso di attualizzazione (costo del capitale proprio per il distributore) del 13%, il
 1104 valore del contratto al tempo 0 (cioè nel momento in cui si ipotizza che si concentrino i costi iniziali,
 1105 al principio del primo anno) è pari al valore attuale di tutti i flussi positivi e negativi, cioè a 263. Il
 1106 valore del medesimo contratto all'inizio del terzo anno è pari invece al valore attuale di tutti i flussi
 1107 successivi (tre risultati annuali positivi pari a 100, seguiti dai costi terminali di 80), cioè a 187.
 1108

1109 Si osservi che, in uno scenario definito e di elevata visibilità, il tasso è quello tipico del *business* del
 1110 distributore. In altri scenari, in particolare di tipo virtuale, il tasso deve riflettere il maggior grado di
 1111 rischio da associare ai mancati flussi prospettici.

1112 Se per ipotesi il contratto fosse interrotto al principio del terzo anno, si potrebbe tendenzialmente dire
 1113 che il danno per il distributore è rappresentato appunto dalla perdita degli ultimi tre flussi positivi,
 1114 alla quale dovrebbero sempre aggiungersi gli oneri terminali, con un valore attuale complessivo
 1115 (negativo) sempre di 187. Tuttavia, l'evento inatteso può modificare le grandezze economiche
 1116 precedenti, ad esempio come è mostrato nella tabella 2.

1117 Intanto, i conti economici dei tre bilanci successivi possono registrare minori utili in misura pari a
 1118 110, rispetto all'incremento di 100 offerto dalla normale esecuzione del contratto. In altre parole, può
 1119 non esservi simmetria fra variazione in aumento dei risultati e variazione in diminuzione, a motivo
 1120 della rigidità di alcuni costi, soprattutto di struttura, che si dilatano spontaneamente nel primo caso
 1121 ma che può non essere facile comprimere in egual misura nel secondo. Nell'esempio, la caduta dei
 1122 risultati periodici è misurata contrapponendo ai mancati ricavi i costi in concreto risparmiabili, che si
 1123 suppongono inferiori di 10 ai costi addizionali provocati dall'esecuzione del contratto, con un saldo
 1124 finale (negativo) appunto di 110.

1125 Nella parte inferiore della tabella è poi mostrato che i costi terminali si manifestano nel corso del
 1126 terzo anno nella misura di 90, e non più nel sesto anno per un importo di 80: quest'ultimo esborso è
 1127 «risparmiato» dal punto di vista dell'analisi differenziale (e dunque inserito con segno positivo nella
 1128 tabella al tempo 6). In sostanza gli effetti registrati sono due:

1129 1) l'appesantimento degli oneri in parola, per la maggior difficoltà di gestire, senza preavviso, i
 1130 fenomeni che danno loro luogo;

1131 2) l'anticipazione degli oneri medesimi nel tempo, con un aggravio della loro incidenza in termini
 1132 di valore attuale.

1133 Il valore attuale (negativo), calcolato sempre al tasso del 13%, delle cadute di reddito prodotte
 1134 dall'ipotetica interruzione del contratto, rispetto alla situazione attesa nel caso di un normale
 1135 svolgimento del rapporto, è complessivamente pari a 290. E' questa, nel nostro esempio, la misura
 1136 del danno sofferto dal distributore, valutato all'inizio del terzo anno, cioè nel momento in cui
 1137 cominciano a manifestarsi gli effetti dell'interruzione.

1138 Si noti che questo importo riassume sia il *lucro cessante* che il *danno emergente*. Il primo elemento
 1139 è in pratica rappresentato dai minori utili attualizzati di 187; il secondo dalla differenza di 103, per
 1140 giungere al totale di 290.

1141 Conviene affinare un poco l'analisi, sempre con riferimento all'esempio. Le variabili dominanti ai
 1142 fini della stima degli effetti economici per il distributore dell'interruzione del rapporto contrattuale
 1143 con il produttore sono sempre quelle indicate, che, con una identificazione più «mirata», possiamo
 1144 precisare come segue:

1145 a) la perdita del margine operativo precedentemente atteso dal distributore, per il periodo durante

- 1146 il quale il contratto avrebbe dovuto continuare a produrre i suoi effetti;
- 1147 b) gli eventuali eccessi di costi di struttura, in senso largo, che il distributore ha dovuto sopportare
1148 dopo l'interruzione del rapporto, in attesa di poter materialmente attuare le necessarie misure di
1149 ridimensionamento;
- 1150 c) gli eventuali fattori di aggravio degli oneri terminali dovuti alla cessazione repentina del
1151 rapporto, rispetto all'ipotesi di una normale conclusione del medesimo; fra questi è da includere
1152 anche la mera anticipazione nel tempo degli oneri stessi, con un evidente danno finanziario.

1153 La perdita sopra indicata sub a) è pari alla somma algebrica, per ogni periodo, degli elementi che
1154 seguono:

- 1155 1) i mancati ricavi, da stimare in base alla quota di mercato ottenibile dal distributore ed alla
1156 domanda complessiva del farmaco;
- 1157 2) i costi diretti variabili dovuti alla linea di prodotti di cui trattasi, la cui incidenza può essere
1158 stimata senza eccessivi problemi in base ai dati storici disponibili; tali costi per definizione
1159 possono essere evitati quando vengono a mancare le vendite;
- 1160 3) la parte risparmiabile dei costi comuni, in seguito al necessario ridimensionamento delle strutture
1161 per renderle compatibili con il quadro operativo conseguente alla perdita di un significativo
1162 volume di attività (fatti salvi gli eventuali effetti inerziali di cui si è detto con riferimento al punto
1163 b).

1164 In linea di principio, tutte le analisi dovrebbero essere svolte al *lordo delle imposte*. Giova osservare,
1165 a questo proposito, che un reddito lordo di 100, assoggettato ad un prelievo fiscale del 30%, comporta
1166 per il percipiente un beneficio netto di 70. Di fronte ad una perdita per la quale possa essere ottenuto
1167 un risarcimento, è senza dubbio corretto valutare il danno appunto nella misura di 70. Questo tuttavia
1168 significa che il risarcito dovrà comunque ricevere un importo di 100, che, assoggettato a tributo come
1169 sopravvenienza attiva, lascerà un residuo netto di 70. Ed il risarcitore, che potrà dedurre fiscalmente
1170 l'indennizzo di 100 corrisposto, subirà in ogni caso una perdita netta di 70.

1171 A volte si presenta tuttavia il problema della differenza, o della variazione, dell'aliquota di prelievo
1172 nei due scenari. Per superare l'ostacolo il danno dovrebbe essere in una prima fase valutato in base
1173 allo scenario per così dire "originario"; il risultato sarà in seguito convertito nell'importo ante imposte
1174 che, sottoposto a tassazione nello scenario "modificato", assicura un ristoro effettivo di entità pari al
1175 danno medesimo.

1176

1177 1.2.5. L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario 1178 economico virtuale

1179 L'esempio (reale) si riferisce alla caduta di una *joint-venture* fra un *partner* tecnico e un *partner*
1180 finanziario, dovuta al mutato indirizzo strategico del secondo, costituita per la realizzazione di parchi
1181 eolici in alcune regioni. L'accordo di investimento prevedeva la capacità minima da realizzare ed
1182 alcuni progetti relativi a torri eoliche erano già stati "opzionati" con le imprese costruttrici; altri erano
1183 ancora oggetto di esame. Una bozza di *business plan* ancora più ambiziosa aveva pure formato
1184 oggetto di esame favorevole, prima che il rapporto fra i *partner* si incrinasse.

1185 La valutazione del danno, cioè dello svilimento subito dalla partecipazione del socio tecnico, in
1186 pratica richiede la stima del valore di mercato di un'azienda non costruita, il quale comporta

1187 l'elaborazione di un *business plan* "virtuale", modulato a seconda del livello di capacità produttiva
 1188 che si assume risultare dal dialogo fra i *partner*.

1189 Il percorso valutativo si svolge come segue:

1190 a) dimostrazione del diffuso interesse in quel periodo storico (attestato da documenti pubblicamente
 1191 noti) per l'investimento in parchi eolici, con buone aspettative di rendimento;

1192 b) costituzione di un plausibile piano industriale (articolato per più livelli di capacità produttiva)
 1193 sulla base:

1194 – dei prezzi riconosciuti dal GSE (Gestore Servizi Energetici) sia per l'energia prodotta che
 1195 per i "certificati verdi", tenendo conto delle previsioni documentate di riduzione degli
 1196 incentivi pubblici;

1197 – dei costi operativi e dei costi degli investimenti risultanti dall'esame dei bilanci di società
 1198 confrontabili (in parte dalle offerte già disponibili dei costruttori);

1199 – degli impieghi in capitale circolante pure risultanti dall'esame di società confrontabili;

1200 – della struttura finanziaria e delle condizioni dei finanziamenti mostrati dalle aziende del
 1201 settore, in coerenza con gli impegni di capitalizzazione assunti dai *partner*.

1202 c) la valutazione della *joint-venture*, partendo dal piano industriale a più livelli, in base ai parametri
 1203 (costi del capitale e moltiplicatori) desunti dalle società del settore quotate.

1204 Nel nostro caso si tratta di una *start-up*, circostanza da considerare con attenzione. Tuttavia, tutte le
 1205 società confrontabili quotate all'epoca erano in attività da pochi anni. Inoltre, il rischio di mercato era
 1206 in concreto limitato, poiché il GSE ritirava tutta l'energia prodotta. Più elevato era il rischio di
 1207 condurre a termine i progetti, per il complesso *iter* autorizzativo. Il β delle società quotate
 1208 confrontabili ad ogni modo permetteva di catturare il grado di rischio tipico del nuovo settore di
 1209 attività

1210 La stima dello svilimento subito dalla partecipazione del partner tecnico è dunque legata al perduto
 1211 valore di mercato dell'azienda che avrebbe potuto nascere in attuazione di un *business plan* virtuale,
 1212 ancorato tuttavia a concrete evidenze di mercato.

1213 Gli esempi finora fatti si riferiscono ad illeciti contrattuali, in relazione ai quali non è difficile
 1214 individuare le conseguenze immediate e dirette del comportamento lesivo; conseguenze che anche il
 1215 soggetto inadempiente può almeno tendenzialmente prevedere. Nel caso degli illeciti extra-
 1216 contrattuali le derivazioni causali del danno possono essere molto più estese e del tutto imprevedibili
 1217 per un soggetto esterno. Ma anche nel caso di un inadempimento contrattuale può insorgere una
 1218 disputa in merito all'estensione dei danni.

1219 Si consideri il caso (reale) dell'impresa Alfa, costruttrice di infrastrutture, la quale lamenta che
 1220 l'inadempimento di Beta non solo le ha fatto perdere un'importante commessa (con le solite
 1221 conseguenze in termini di spreco di investimenti e di mancati margini); le ha anche fatto perdere la
 1222 possibilità di accedere alla categoria SOA superiore per la partecipazione a bandi pubblici. L'aggiunta
 1223 del fatturato di quella commessa avrebbe in effetti determinato il passaggio alla categoria più alta.

1224 Sotto il profilo della prevedibilità vi è da chiedersi se Beta, conoscendo Alfa, poteva rendersi conto
 1225 che la realizzazione della commessa avrebbe consentito l'accesso alla categoria superiore. Il fatturato
 1226 di Alfa presentava infatti una certa variabilità nel tempo. Inoltre non erano chiare le misure adottabili
 1227 (e quelle di fatto adottate), in un'ottica di mitigazione del danno, per l'utilizzo della capacità
 1228 produttiva resa disponibile.

1229 Comunque, anche dando per verificato il requisito della prevedibilità e assumendo la presenza di
1230 iniziative di mitigazione, la verifica dell'ulteriore danno richiede per sua natura il seguente percorso
1231 di analisi, proprio della valutazione di una perdita di *chance*:

- 1232 a) durata dell'ipotetica iscrizione nella categoria SOA superiore (è infatti emerso che si sarebbe
1233 trattato di un triennio soltanto);
- 1234 b) numero di bandi, utili per Alfa, emessi nel periodo;
- 1235 c) dimensione media delle commesse bandite;
- 1236 d) probabilità di vittoria dimostrata da Alfa nella sua recente esperienza di partecipazione a gare;
- 1237 e) marginalità media conseguita da Alfa in altri appalti confrontabili, ai fini della determinazione
1238 del probabile lucro cessante.

1239 E si consideri anche il caso di Gamma, società che ha aperto un negoziato per acquisire una delle
1240 partecipazioni del Gruppo Delta. Si è poi ritirata, ma l'accordo programmatico che aveva sottoscritto
1241 è stato in realtà riconosciuto in sede arbitrale un vero e proprio contratto di cessione, con un prezzo
1242 non determinato ma determinabile. Il Gruppo Delta è fortemente indebitato e fra i danni fa valere,
1243 oltre agli effetti naturali del mancato incasso e della successiva vendita con sacrificio della
1244 partecipazione a un terzo soggetto, le penalizzazioni causate da altri realizzi disagiati, da mancate
1245 ricapitalizzazioni e dal deterioramento del proprio merito creditizio.

1246 L'aspetto centrale è il seguente: fino a che punto Gamma, inadempiente sul piano contrattuale, può
1247 essere considerata responsabile di conseguenze che sono da imputare alle precarie condizioni del
1248 Gruppo Delta e che vanno ben oltre i normali effetti di una mancata cessione. Sul piano della
1249 prevedibilità, le condizioni di disagio finanziario di Delta non erano di comune evidenza e Gamma
1250 non ha ravvisato elementi di criticità allarmanti nella *due diligence* della società *target* (ma non estesa
1251 all'intero Gruppo venditore). Gli ulteriori danni rivendicati non sembrano dunque una conseguenza
1252 immediata e diretta dell'inadempimento, derivando da una precarietà frutto di precedenti carenze
1253 della controparte.

1254 L'esempio che segue introduce l'interessante profilo dell'illecito arricchimento.

1255 La società Zeta è una *start-up* partecipata all'80% da un socio persona fisica ed al 20% da una grande
1256 società (Ypsilon) operante in segmenti di *business* complementari. Zeta ha sviluppato una nuova
1257 applicazione *software* per telefoni cellulari di cui non ha ancora iniziato la commercializzazione, ma
1258 i cui test di mercato hanno mostrato una grande rispondenza ai potenziali *users* (stimati dalla società
1259 specializzata in ricerche di mercato ABC in almeno 500.000 soggetti a livello nazionale). La società
1260 Ypsilon, di grandi dimensioni e dotata di una notevole capacità finanziaria, che partecipa al capitale
1261 di Zeta come detto nella misura di 20%, ha copiato l'applicazione di Zeta e l'ha diffusa sul mercato
1262 realizzando un grande successo (più di un milione di *users*). Ciò ha comportato per Zeta l'abbandono
1263 del progetto e la liquidazione.

1264 L'altro socio di Zeta rivendica il danno, con la seguente composizione:

1265 **a) *Danno emergente***

1266 Si tratta della differenza fra il capitale conferito dal socio all'atto della costituzione della *start up*
1267 e il ricupero in sede di liquidazione.

1268 **b) *Lucro cessante***

1269 È rappresentato dal valore di avviamento del *business* perduto. Il piano industriale approvato dal
1270 CdA di Zeta (e considerato sostenibile in base a molti elementi) prevedeva il lancio del prodotto
1271 l'anno successivo e l'immediato raggiungimento del *break even*. Dal secondo anno la società
1272 avrebbe generato utili consistenti grazie all'espansione del numero di *users* (sino ai 500.000

1273 stimati dalla società di ricerca interpellata). Il valore dell'impresa ricavabile dal *business plan* è
1274 significativamente superiore al patrimonio inizialmente investito. Il tasso interno di rendimento
1275 dell'investimento è pari al 20% a fronte di un costo del capitale del 10%.

1276 c) **Ingiusto arricchimento**

1277 Ypsilon ha realizzato un ingiusto arricchimento che è la causa stessa del suo comportamento
1278 lesivo nei confronti di Zeta. Il socio di minoranza è stato infatti in grado di raggiungere un numero
1279 di utenti superiori a quelli previsti nel *business plan* di Zeta. L'ingiusto arricchimento è
1280 commisurabile alla differenza fra i risultati ottenuti e quelli che avrebbe conseguito Zeta.

1281 Negli esempi che precedono la costruzione dello scenario rivendicato ha potuto utilizzare come punti
1282 di appoggio le relazioni comunque intervenute fra le parti o le indicazioni esterne tratte da evidenze
1283 disponibili. Altre volte tale costruzione è largamente affidata alla competenza ed alla sensibilità
1284 dell'esperto, essendo molto ridotta la base informativa disponibile.

1285 È stato questo il caso (reale) che ha condotto alla prima condanna in Italia per abuso di posizione
1286 dominante. In un settore non ancora completamente liberalizzato, la *start up* Interphon (così la
1287 chiameremo) ha citato in giudizio l'*incumbent* Phonia che le negava le connessioni necessarie per
1288 l'offerta al mercato di particolari servizi di fonia per gruppi chiusi di utenti (cioè per enti con più
1289 sedi). La *start up*, alla fine, è stata messa in liquidazione.

1290 La Corte d'Appello di Milano ha nominato un collegio di tre consulenti tecnici (uno specialista del
1291 settore e due aziendalisti), ai quali ha chiesto di determinare, con riferimento a Interphon:

- 1292 a) I costi vanamente sostenuti sino alla data del giudizio (gennaio 1995);
1293 b) I risultati economici conseguibili qualora fossero stati ottenuti i necessari collegamenti "*secondo*
1294 *un prudente apprezzamento che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, della sua capacità di*
1295 *penetrazione nel mercato e della produttività degli investimenti nella fase iniziale della sua*
1296 *attività*";
1297 c) L'eventuale danno cagionato dal ritardo di un anno, dovuto alla controversia, consistente nella
1298 "*perdita dell'opportunità di presentarsi come prima impresa operante sul mercato italiano della*
1299 *telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti*".

1300 La risposta al secondo ed ancor più al terzo quesito ha richiesto analisi complesse, dirette in primo
1301 luogo a stimare il mercato concretamente aggredibile; un mercato "di nicchia", di dimensioni modeste
1302 rispetto al totale ma comunque sufficiente per alimentare specifiche iniziative. In seguito è stata
1303 stimata la penetrazione progressiva possibile per Interphon. Dopo aver chiarito che la società era
1304 portatrice di un'innovazione non già di prodotto, di processo o di sistema, bensì di servizio, il collegio
1305 dei periti – ad esito del contraddittorio fra le parti – ha compiuto la stima dei mancati ricavi sino alla
1306 data fissata dal Giudice, e quindi dei mancati benefici economici. Nel lungo periodo, si è ritenuto che
1307 il ritardo causato dalla controversia abbia verosimilmente spostato nel tempo la curva dei ricavi,
1308 abbassandone la parte iniziale ma non la porzione più avanzata. Si è ritenuto infatti che il
1309 completamento della liberalizzazione e la facilità di ingresso nel particolare mercato di nicchia
1310 avrebbero eroso il vantaggio iniziale costituito da una clientela più ampia e da prezzi più elevati.

1311 A Interphon sono stati perciò riconosciuti il danno emergente, il lucro cessante già sofferto, la perdita
1312 di *chance* rappresentata dal venir meno dei maggiori flussi di risultati possibili per alcuni anni. Quanto
1313 all'epilogo della messa in liquidazione, non sono state ritenute riferibili a Phonia la debolezza della
1314 società e la sua incapacità di attrarre altri investitori.

1315

1.2.6 La determinazione del tasso per l'attualizzazione dei flussi differenziali distribuiti nel tempo

Nella valutazione dei danni gli effetti differenziali hanno spesso natura di flussi netti di reddito per il soggetto colpito, sicché il tasso di riferimento naturale è il costo dei mezzi propri. Se è richiesta una valutazione di ramo di attività o di azienda, come in alcuni esempi sopra svolti, può essere pertinente un *costo (medio ponderato) del capitale*, da associare a flussi netti operativi.

In entrambi i casi è importante tenere conto del diverso grado di rischio che caratterizza i singoli flussi. Si consideri il semplice caso di un soggetto che sostiene flussi negativi ai quali l'inadempimento non fa seguire i flussi positivi attesi. Alla data dell'inadempimento, quando deve essere calcolato il danno, i primi rappresentano un fatto certo e devono perciò essere capitalizzati al *risk-free rate*, o al costo medio ponderato del capitale quando ai mezzi propri è attribuito quel tasso. I flussi futuri attesi devono invece essere attualizzati ad un tasso che per *l'equity* tenga conto di un appropriato grado di rischio.

Nel corso del contenzioso, con il passare del tempo, altri flussi compresi nella successione possono divenire certi, come fatto storico, oppure meno rischiosi, poiché si precisano i fattori determinanti. I conteggi devono perciò essere aggiornati.

È importante inoltre apprezzare correttamente il premio per il rischio incorporato nel tasso in relazione alle caratteristiche dello scenario rivendicato. In linea di principio il rischio dovrebbe essere considerato già nei flussi associati allo scenario atteso, nel senso che quest'ultimo dovrebbe riflettere condizioni realistiche mediamente probabili. Di conseguenza i flussi differenziali dovrebbero caratterizzarsi per un grado di rischio nella norma. Negli scenari virtuali, ove sia da considerare un *rischio di realizzazione*, devono essere introdotte maggiorazioni coerenti.

Con riguardo all'applicazione del CAPM, si potrebbe osservare che un danno è un evento altamente specifico e che come tale non può essere valutato ad un tasso ridotto per la componente diversificabile del rischio. Una maggiorazione del tasso così motivata non appare tuttavia razionale. La misura di danno deve infatti consentire al soggetto danneggiato di recuperare il valore che avrebbe avuto in caso di normale affermazione dello scenario, non compromesso da lesioni; obiettivo che si ottiene solo se il valore attuale dei minori flussi di risultati non viene depresso con l'innalzamento del tasso. Quest'ultimo deve perciò essere il saggio coerente con lo scenario rivendicato, in un'ottica di mercato.

A volte i flussi differenziali, anziché essere subito attualizzati alla data dell'inadempimento, sono preventivamente capitalizzati sino al termine del periodo assunto per il calcolo per il danno, utilizzando un saggio di rendimento medio-normale. Dal punto di vista dell'analisi differenziale questo significa ipotizzare che questi investimenti "*virtuali*" supplementari siano resi possibili solo dai flussi intermedi e che non potrebbero essere realizzati in loro assenza. Si ipotizza, in altre parole, uno stato di "*capital rationing*" per il soggetto danneggiato, dovuto alla presenza di opportunità di investimento superiori alla sua capacità finanziaria. Una condizione normalmente non prevedibile dalle controparti.

Dalla data di liquidazione del danno a quella di effettivo pagamento vanno poi applicati gli interessi legali – senza capitalizzazione – e se del caso la rivalutazione monetaria, secondo i principi generali di diritto.

1358 1.3 Gli strumenti per la convalida delle analisi economiche

1359 1.3.1 Considerazioni introduttive

1360 Le considerazioni che seguono riguardano le analisi volte a supportare le ricostruzioni realizzate da
1361 un esperto nell'ambito dello sviluppo della c.d. analisi differenziale discussa nel paragrafo 1.2 che
1362 precede. Si fa rinvio, a tale proposito, alle considerazioni già svolte in merito all'ampiezza
1363 dell'esplorazione che dovrà essere realizzata, che può considerevolmente cambiare qualora l'origine
1364 del danno sia costituita da un illecito di natura contrattuale oppure extra-contrattuale. Si fa rinvio
1365 anche all'appendice giuridica ed in particolare ai limiti posti alla risarcibilità del danno.

1366 Questo paragrafo riguarda quindi esclusivamente l'utilizzo degli strumenti volti a tradurre in termini
1367 quantitativi le analisi di causalità economica, senza riferimenti ai limiti di risarcibilità del danno né
1368 dell'orizzonte di quantificazione dello stesso.

1369 La ricostruzione della situazione rivendicata può svolgersi secondo differenti modalità, e può
1370 richiedere differenti percorsi, che cambiano in relazione all'ampiezza e alla qualità della base
1371 informativa disponibile di origine aziendale.

1372 In particolare con riferimento alla base informativa aziendale possono configurarsi differenti
1373 situazioni:

- 1374 – la disponibilità di piani industriali (*business plan*) di varia durata (tipicamente 3/5 anni) approvati
1375 dai competenti organi di gestione e che coprano in tutto o in parte l'orizzonte temporale di
1376 riferimento rilevante ai fini dello sviluppo dell'analisi differenziale. In casi particolari tali piani
1377 possono anche essere stati condivisi (almeno con riferimento ad alcune delle loro parti) dalla
1378 controparte che ha originato il danno. Un tipico esempio è costituito da *business plan* allegati a
1379 contratti di fornitura a lungo termine;
- 1380 – l'indisponibilità di piani industriali, con riferimento all'intero orizzonte temporale considerato
1381 nell'analisi differenziale o alla maggior parte di esso.

1382 Dunque le analisi richieste ai fini della configurazione dello scenario rivendicato cambiano in
1383 relazione alle caratteristiche della base informativa (grado di dettaglio dei piani, discussione delle
1384 *assumptions* e via dicendo) nonché all'orizzonte temporale cui essi si riferiscono rapportato
1385 all'orizzonte dell'analisi differenziale.

1386 In alcuni casi infatti potrà rendersi necessaria la costruzione *ex novo* dei risultati aziendali relativi allo
1387 scenario rivendicato ovvero una semplice estensione del piano.

1388 In ogni caso, anche in presenza di una base informativa completa e dettagliata, si rendono comunque
1389 necessarie le analisi destinate a effettuare un *restatement* del piano in considerazione dell'effettivo
1390 andamento dei principali *driver* del piano stesso rispetto a quello a fondamento delle *assumptions* in
1391 base alle quali esso è stato costruito.

1392 Tali interventi, necessari per garantire l'allineamento dello scenario rivendicato ai risultati
1393 effettivamente conseguibili, in assenza del comportamento che ha generato il danno, potrebbero in
1394 alcuni casi dar luogo ad un profilo di risultati anche più favorevole di quello ipotizzato in origine, in
1395 presenza ad esempio di performance del settore di riferimento apprezzabilmente superiori a quelle
1396 assunte nel piano.

1397 In generale si può osservare che la ricostruzione di uno scenario rappresentativo della situazione
1398 rivendicata da chi ha subito il danno, da parte dell'esperto, vale a dire dello scenario in assenza di
1399 comportamenti illeciti, sottende il rispetto di principi analoghi a quelli che devono essere seguiti per
1400 la realizzazione di proiezioni economiche e patrimoniali-finanziarie. In altri termini, anche le

1401 ricostruzioni dell'esperto devono soddisfare i requisiti di coerenza sulla base dei quali viene in genere
1402 apprezzata la credibilità di un piano industriale.

1403 È chiaro che, nel caso dei piani, la ragionevolezza deve essere misurata *ex ante*, mentre i fini della
1404 stima dei danni dovuti all'interruzione di *business* o a perdite commerciali, la ricostruzione stessa
1405 può essere effettuata sia nella prospettiva *ex post*, in particolare con riferimento all'effettivo
1406 andamento delle variabili macroeconomiche e di settore rilevanti, sia nella prospettiva *ex ante*,
1407 qualora il danno venga proiettato anche in un periodo futuro rispetto alla data in cui l'esperto realizza
1408 la propria stima.

1409 Nella prospettiva *ex post*, la visibilità in merito all'andamento economico generale, di settore e delle
1410 *peer companies* costituiscono elementi oggettivi alla luce dei quali dovrà essere apprezzata la
1411 coerenza delle proiezioni (*ex post*) realizzate dall'esperto.

1412 In particolare quindi nelle proprie ricostruzioni l'esperto deve:

1413 a) in primo luogo, rispettare requisiti di coerenza esterna ed interna, che saranno di seguito discussi;
1414 b) in secondo luogo, raccordare nei limiti del possibile le proprie ricostruzioni a oggettivi *drivers* di
1415 mercato.

1416 La coerenza esterna, sul piano pratico, può essere apprezzata ponendo a confronto le ricostruzioni dei
1417 risultati aziendali effettuate dall'esperto con l'andamento *ex post* di variabili quali:

1418 – grandezze macroeconomiche e macro finanziarie;
1419 – grandezze riguardanti l'andamento del settore;
1420 – grandezze riferibili ai *competitor* e via dicendo.

1421 La coerenza esterna può richiedere ulteriori analisi in merito alle verosimili reazioni dei *competitor*,
1422 che potrebbero di fatto limitare la generazione dei risultati differenziali ipotizzabili in assenza di
1423 comportamenti illeciti.

1424 L'analisi della coerenza interna può richiedere invece verifiche, in merito all'esistenza o meno di
1425 *constraints* aziendali con riferimento a fattori quali:

1426 – la disponibilità di risorse finanziarie (o alla possibilità di accesso al credito) nella misura
1427 necessaria sostenere lo scenario virtuale;
1428 – il possesso di strutture organizzative adeguate;
1429 – la dotazione di risorse umane e di altre risorse intangibili compatibili con lo sviluppo dell'azienda
1430 nello scenario virtuale ricostruito dall'esperto.

1431

1432 **1.3.2 Considerazioni sul requisito della dimostrabilità**

1433 Come già detto, quando i comportamenti illeciti all'origine del pregiudizio subito da un'azienda danno
1434 luogo, nella sostanza, a minori flussi di risultati rispetto a quanto ipotizzabile in presenza di condizioni
1435 normali dei rapporti commerciali o contrattuali, si pone il tema della ricostruzione dei flussi di risultati
1436 in uno scenario di corretto comportamento della controparte.

1437 Alcuni quesiti che l'esperto potrebbe porsi possono chiarire meglio il concetto.

1438 Ad esempio, nel caso di (ingiustificato) mancato rinnovo di una licenza commerciale, quali sarebbero
1439 stati i flussi da risultati che ragionevolmente l'azienda licenziataria avrebbe potuto conseguire se la
1440 licenza fosse stata invece rinnovata? Oppure, in presenza di ritardi di consegna di un impianto

1441 industriale, quali risultati avrebbero potuto essere ottenuti qualora il fornitore avesse rispettato i tempi
1442 concordati?

1443 La costruzione dello scenario rappresentativo della situazione “rivendicata”, che dovrà essere
1444 contrapposto ai risultati effettivamente conseguiti dall'azienda che ha subito il danno, deve rispettare
1445 alcuni principi, che presiedono alla corretta determinazione dei “risultati differenziali”, e quindi
1446 all'effettiva perdita di utilità subita dall'azienda.

1447 Tali principi sono discussi nei paragrafi 1.1 e 1.2 che trattano anche il tema del perimetro del danno
1448 risarcibile, in funzione della natura del comportamento illecito (contrattuale o extra contrattuale).

1449 Come si è detto nel paragrafo 1.3.1., ai fini delle analisi economiche volte a dimostrare la dimensione
1450 quantitativa del danno, si applicano i medesimi principi che presiedono alla formulazione dei piani
1451 aziendali, in particolare con riferimento alla verifica delle condizioni che rendono credibili i piani
1452 stessi (ad esempio, la verifica delle condizioni che possono giustificare tassi di crescita del fatturato
1453 superiori a quelli del settore di appartenenza – effettivi o attesi-).

1454 Analoghi requisiti di dimostrabilità vengono individuati anche dalla letteratura e dagli *standard* in
1455 tema di valutazione aziendale.

1456 Trattandosi, nel caso dei danni, di valutazioni, almeno in certa misura, *ex post*, il contesto
1457 macroeconomico e di settore è noto per il periodo che copre l'arco temporale compreso tra la
1458 manifestazione dell'evento che ha dato origine al danno e il momento in cui l'esperto svolge la propria
1459 analisi. Con riferimento a tale primo periodo si pone quindi principalmente il problema di dimostrare
1460 quali avrebbero potuto essere i risultati (differenziali) dell'azienda tenuto conto dell'andamento
1461 effettivo del proprio mercato di riferimento, e alle *performance* ottenute da imprese comparabili (i
1462 *competitors* dell'azienda).

1463 Come già osservato, l'arco di tempo rilevante per la stima del danno può estendersi anche ad un
1464 periodo futuro rispetto al momento in cui l'esperto svolge le proprie analisi (anzi, tale circostanza
1465 rappresenta la norma nel caso di eventi che producono effetti di lungo periodo sulla capacità di
1466 generare risultati di un'impresa).

1467 In tal caso le analisi economiche riguardano il futuro e richiedono quindi apprezzamenti che coprono
1468 (i) sia l'andamento atteso del mercato di riferimento (ii) sia le *performance* specifiche dell'azienda per
1469 la quale viene svolta l'analisi.

1470 Quindi, come già detto, i principi che presiedono alla formulazione delle previsioni sono i medesimi
1471 suggeriti dalla letteratura economico-aziendale e dagli *standard* di valutazione per apprezzarne la
1472 credibilità di un piano industriale o la credibilità, più in generale, delle operazioni economiche.

1473

1474 **1.3.3 Il contesto delle analisi**

1475 I problemi che l'esperto è chiamato ad affrontare in tema di dimostrabilità cambiano in funzione di
1476 numerosi fattori, peraltro riconducibili al tema generale del profilo di prevedibilità dei risultati di uno
1477 specifico *business*. Ad esempio, i flussi riferibili alla concessione relativa a una *wind farm* possono
1478 essere ancorati a parametri (storici e prospettici) desumibili da banche-dati specializzate (prezzi di
1479 cessione dell'energia, ventosità media e via dicendo). Del tutto differente è la stima dei risultati
1480 riferibili al rinnovo di una licenza nel settore *fashion*. In tal caso, infatti, i parametri rilevanti
1481 assumono carattere più specifico, come ad esempio la forza del marchio, le caratteristiche dei
1482 segmenti di mercato di riferimento e così via.

1483 Per introdurre le tecniche di analisi economica che possono validamente supportare la quantificazione
1484 di danni misurabili in termini di flussi differenziali, è quindi utile distinguere tra alcune tipiche
1485 situazioni che connotano il profilo di incertezza riferibile ad uno specifico *business*, ed in particolare:

- 1486 a) le situazioni nelle quali i risultati (passati o attesi) sono legati principalmente alla dinamica di
1487 fattori macroeconomici;
- 1488 b) le situazioni nelle quali i fattori distintivi di successo sono costituiti dalla dotazione di risorse
1489 immateriali (legate al *marketing*, alla tecnologia o al capitale umano);
- 1490 c) le situazioni nelle quali gioca un ruolo fondamentale l'assetto competitivo (in altri termini, le
1491 situazioni nelle quali i risultati conseguibili dipendono fortemente dai comportamenti e dalle
1492 politiche dei concorrenti).

1493 Le tre situazioni delineate tendono, almeno in certa misura, a coesistere. Tuttavia alcuni elementi che
1494 qualificano il profilo di rischio possono essere trattati con tecniche che si rivelano particolarmente
1495 efficaci nelle situazioni specifiche individuate nei punti a), b) e c).

1496

1497 1.3.4 Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legati a fattori macroeconomici o 1498 a parametri di settore

1499 In alcuni *business* (i c.d. *business market driven*) i flussi di risultati sono direttamente e fortemente
1500 legati ad alcuni parametri di carattere macroeconomico.

1501 I casi più tipici sono costituiti dal settore delle *utilities* e da quello delle *commodities*.

1502 In altri casi possono essere individuati forti legami tra la marginalità e l'andamento dei prezzi delle
1503 materie prime utilizzate per la produzione. Tipico esempio, il legame esistente negli USA tra margini
1504 industriali e prezzi del latte nel settore *diary*.

1505 Nelle analisi economiche destinate alla configurazione dello scenario rappresentativo della situazione
1506 rivendicata, la ricerca e la misurazione della correlazione riscontrata nel passato tra risultati aziendali
1507 e parametri macroeconomici e di settore costituisce la tecnica più tipica, e in genere più condivisa,
1508 per realizzare ricostruzioni retrospettive dei flussi dei risultati differenziali riferibili a comportamenti
1509 che hanno originato danni in termini di volumi di attività.

1510 L'uso appropriato dei modelli volti alla stima dei legami di correlazione richiede competenze
1511 specifiche in campo statistico.

1512 Esiste in proposito una vasta letteratura di riferimento, utile all'esperto soprattutto a comprendere il
1513 grado di affidabilità dei risultati ottenuti attraverso l'utilizzo delle tecniche in considerazione.

1514 Accertata la significatività dei legami di correlazione osservati tra risultati aziendali e parametri
1515 macroeconomici o di settore rilevanti, gli indici ottenuti possono essere utilizzati anche ai fini della
1516 proiezione nel futuro dei flussi di risultati attesi in assenza dei comportamenti all'origine del danno.

1517 Va ribadito che le c.d. analisi di regressione possono costituire uno strumento molto efficace per
1518 conferire credibilità ai parametri utilizzati nell'ambito delle analisi economiche realizzate
1519 dall'esperto, a condizione che tali analisi vengano svolte in modo rigoroso sul piano tecnico e ne
1520 siano testati i risultati sul piano della significatività statistica.

1521 In particolare, qualora i parametri misurati nel passato vengano utilizzati per realizzare proiezioni dei
1522 flussi (differenziali) attesi, l'esperto deve porsi il problema di verificare se le condizioni economiche

1523 che hanno generato i valori degli indici calcolati a partire da serie storiche possano ritenersi
1524 ragionevolmente ripetibili anche per il periodo futuro con riferimento al quale vengono realizzate le
1525 proiezioni.

1526 Illustriamo ora un esempio di analisi di regressione

1527 *Un'impresa operante negli Stati Uniti nel settore dairy, in seguito ad una fornitura di materiali di*
1528 *confezionamento che non rispettavano le specifiche tecniche richieste, ha dovuto ritirare dal mercato*
1529 *un ingente quantitativo di prodotti freschi confezionati subendo un danno d'immagine che si è*
1530 *tradotto in una significativa riduzione del fatturato.*

1531 *Il problema consiste quindi nella ricostruzione ex post della dinamica del fatturato in assenza*
1532 *dell'evento che ha prodotto il danno.*

1533 *L'esperto ha proceduto nei termini seguenti:*

1534 *- ha determinato per i 5 anni precedenti l'evento l'indice di correlazione lineare tra il fatturato*
1535 *aziendale per la specifica categoria di prodotti e il valore delle vendite complessive di prodotti*
1536 *analoghi rilevate con riferimento agli Stati dell'Unione nei quali venivano distribuiti i propri*
1537 *prodotti;*

1538 *- in base alla predetta analisi l'esperto ha rilevato che l'indice di correlazione aveva un'elevata*
1539 *significatività statistica;*

1540 *- in base alle informazioni precedenti, il fatturato in assenza dell'evento che ha prodotto il danno è*
1541 *stato quindi stimato applicando al fatturato aziendale pre-evento dannoso, il medesimo tasso di*
1542 *crescita del settore di riferimento osservato fino al momento dell'analisi;*

1543 *- l'esperto ha quindi stimato il fatturato differenziale anche per il biennio successivo utilizzando le*
1544 *previsioni di crescita desunte da una banca-dati specializzata.*

1545

1546 1.3.5 Le tecniche utilizzate in presenza di situazioni nelle quali i risultati aziendali 1547 dipendono principalmente dal patrimonio di beni intangibili.

1548 La configurazione dello scenario rappresentativo della situazione rivendicata richiede, di norma, che
1549 vengano adeguatamente documentate le condizioni (sia per le analisi che riguardano il passato, sia
1550 per quelle che riguardano il futuro) che giustificano le ricostruzioni o le proiezioni dei flussi di
1551 risultati. Ciò sia in termini di risorse di *management*, sia di *intangibles* legati al *marketing*, al capitale
1552 umano o alla tecnologia, sia in termini di compatibilità sul piano finanziario.

1553 Così, ad esempio, l'ipotesi di tassi di crescita dei risultati allineati al mercato o ad esso superiori può
1554 essere condivisa solo in presenza di una coerente struttura organizzativa aziendale e/o di adeguate
1555 risorse tecnologiche o di *marketing* e di adeguati flussi di investimenti per sostenerle.

1556 In presenza di specifiche esigenze possono essere utilizzate tecniche e modelli che consentono lo
1557 *scoring* di *asset* immateriali attraverso procedimenti di carattere quali – quantitativo.

1558 L'utilizzo di tali metodologie può permettere di dimostrare la presenza delle condizioni aziendali che
1559 giustificano le *assumption* adottate ai fini della proiezione dei risultati nello scenario rappresentativo
1560 della situazione rivendicata.

1561

1562 1.3.6 Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legati all'assetto competitivo

1563 Tali esigenze di analisi si presentano spesso nel contesto della stima dei danni riferibili alla perdita di
1564 opportunità di crescita, la cui analisi richiede che vengano attentamente soppesati fattori quali la
1565 dotazione di risorse intangibili, la capacità di *funding* e, appunto, le reazioni dei *competitor*.

1566 Esistono modelli, sviluppati nel campo dell'analisi strategica, che forniscono indicazioni utili in
1567 merito ai verosimili comportamenti dei *competitor* per una razionale configurazione della situazione
1568 rivendicata. Tali modelli suggeriscono, ad esempio, che nel caso di prodotti scarsamente
1569 differenziabili, un'ipotesi di crescita dei volumi di vendita, a parità di prezzi, è poco credibile.
1570 Altrettanto poco credibile è il ribaltamento integrale dei costi delle materie prime di maggiore rilievo
1571 sui prezzi di vendita.

1572 In caso di competizione basata sui prezzi, la stima del comportamento più probabile dei *competitor*
1573 può essere spesso effettuata attraverso analisi di tipo retrospettivo (ad esempio, come già osservato,
1574 nel settore *diary* l'andamento dei prezzi di vendita di prodotti *unbranded* presenta storicamente una
1575 forte correlazione con le fluttuazioni del prezzo del latte).

1576

1577 1.3.7 Le tecniche per trattare l'incertezza nel contesto della quantificazione dei 1578 danni in campo aziendale

1579 Le tecniche per trattare l'incertezza in genere utilizzate ai fini della valutazione di progetti di
1580 investimento (*capital budgeting*) e di aziende possono fornire un utile contributo anche nel campo
1581 della valutazione di *commercial damages & industrial losses*.

1582 Infatti i problemi di dimostrabilità delle stime sono equivalenti sul piano logico.

1583 Tali tecniche sono costituite principalmente:

- 1584 – dalla *sensitivity analysis*;
- 1585 – dalla costruzione di scenari;
- 1586 – dai modelli basati sul campionamento casuale (ad esempio il c.d. metodo Montecarlo).

1587 Pur con i noti limiti, l'uso dei metodi esemplificati consente, in certa misura, di svincolare da scelte
1588 soggettive dell'esperto la determinazione dei risultati attesi in ipotesi di comportamenti illeciti.

1589 La *sensitivity analysis* ha la principale finalità di evidenziare gli effetti sui flussi di risultati delle
1590 variazioni di uno o più parametri critici ai fini della configurazione dei risultati nella situazione
1591 rivendicata e costituisce quindi uno dei più semplici strumenti di verifica dell'attendibilità dell'analisi
1592 differenziale svolta dall'esperto.

1593 La costruzione di scenari alternativi costituisce invece la tipica tecnica utilizzabile qualora il danno
1594 debba essere stimato in termini probabilistici.¹¹

1595 In concreto la *scenario analysis* trova frequenti applicazioni nella misurazione di danni in termini di
1596 minori flussi di risultati attesi o in caso di perdita di *chances*.

1597 La difficoltà ineludibile dell'analisi per scenari è l'individuazione di elementi documentabili ai fini
1598 dell'attribuzione delle probabilità di verifica degli scenari considerati.

1599 Segue un breve esempio di *Scenario Analysis*:

1600 Un'azienda commercializza su licenza un noto gioco in scatola. La società licenziante (una
1601 multinazionale estera) non consente alla propria licenziataria la commercializzazione di nuove
1602 versioni aggiornate del gioco, anche in formato elettronico. Di conseguenza si profila un danno sia

¹¹ L'aspetto probabilistico è comunque un connotato di ogni previsione o ricostruzione. Lo *scenario analysis* ha il pregio di rendere esplicita l'assegnazione di probabilità a uno o più risultati futuri possibili.

1603 *in termini di perdita dei flussi di ricavi relativi ai nuovi giochi cartacei per i quali non è consentita*
1604 *la commercializzazione, sia in termini della perdita dell'opportunità di entrare nel mercato, in rapida*
1605 *crescita, dei giochi in formato elettronico.*

1606 *L'analisi del contesto di riferimento evidenzia che le prospettive di crescita nel settore dei giochi*
1607 *elettronici sono subordinate alla capacità di sviluppare specifiche competenze distintive.*

1608 *In presenza delle condizioni richiamate, ai fini della stima del danno vengono configurati due scenari*
1609 *di riferimento:*

1610 *- nel primo scenario i flussi di risultati perduti vengono calcolati esclusivamente con*
1611 *riferimento a versioni semplificate dei giochi elettronici;*

1612 *- nel secondo scenario invece si assume che l'azienda sia in grado di sviluppare anche*
1613 *versioni più complesse e di seguire in tal modo il trend di rapida crescita del settore.*

1614 *L'aspetto più critico dell'analisi impostata consiste nell'assegnazione delle rispettive probabilità di*
1615 *verificazione dei due scenari.*

1616 *Nel caso in esame è stata attribuita una probabilità pari all'80% alla capacità di sviluppare giochi*
1617 *di non elevata complessità e una probabilità del 20% alla capacità di sviluppare i giochi più*
1618 *complessi. Tale analisi si è basata su una disamina delle competenze specifiche possedute*
1619 *dall'azienda e utilizzate per lo sviluppo, in forma elettronica di altre tipologie di giochi assumendo*
1620 *quale bench-mark le competenze presenti in altri player appartenenti alle medesime classi*
1621 *dimensionali.*

1622 *Nel contesto della configurazione degli scenari l'esperto ha opportunamente quantificato gli*
1623 *impieghi di risorse necessari per lo sviluppo delle versioni elettroniche più sofisticate del gioco.*

1624 *Una conclusione rilevante è stata che la pur modesta percentuale della probabilità di successo nello*
1625 *scenario di rapida crescita (20%) avrebbe comunque consentito il recupero dei significativi*
1626 *investimenti richiesti.*

1627 *Il c.d. metodo Montecarlo costituisce un approccio più evoluto per rappresentare il livello di*
1628 *variabilità associabile ai flussi di risultati attesi e quindi – indirettamente – la credibilità di una*
1629 *determinata stima del danno.*

1630 *Il suo utilizzo ai fini delle analisi del profilo di incertezza associato alla configurazione dei flussi di*
1631 *risultati riferibili alla situazione rivendicata non è frequente nella prassi professionale in tema di*
1632 *valutazione dei danni, così come nella prassi della valutazione delle aziende. Ciò nonostante tale*
1633 *strumento può essere utilizzato con interessanti risultati, in presenza delle medesime condizioni che*
1634 *ne suggeriscono l'impiego per altre esigenze valutative (tra le quali, ad esempio, la sostenibilità*
1635 *finanziaria di progetti di investimento e di piani aziendali).*

1636 **1.3.8 La tecnica dell'*event study* per la stima di danni patiti da società quotate in** 1637 **borsa.**

1638 *In presenza di società con titoli azionari quotati in borsa, la reazione dei prezzi di mercato*
1639 *all'annuncio di eventi che si assume rappresentino l'origine di danni può fornire indicazioni utili ai*
1640 *fini della loro quantificazione.*

1641 *In particolare, le reazioni del mercato possono fornire indicazioni utili su due piani diversi:*

1642 *a) la verifica della presenza di un nesso di causalità economica tra un comportamento e il danno*
1643 *subito;*

1644 b) la misurazione del danno (nel caso il danno sia configurabile in termini di perdite di valore di
1645 mercato).

1646 Con riferimento al primo aspetto (nesso di causalità) l'accertamento della causalità immediata e
1647 diretta presuppone la possibilità di dimostrare che la reazione del mercato si riferisca all'evento
1648 rilevante ai fini del danno nel momento in cui esso venga conosciuto dagli operatori.

1649 Con riferimento, invece, alla misurazione del danno, l'analisi richiede che la dinamica dei prezzi di
1650 borsa venga depurata dell'effetto dovuto all'andamento del mercato nel suo complesso. Ciò allo scopo
1651 di isolare la sola componente della variazione riferibile al comportamento che ha prodotto il danno.

1652 Nonostante la sua apparente semplicità, il riferimento alle reazioni del mercato per la stima dei danni
1653 pone due rilevanti problemi:

1654 a) in primo luogo, l'accertamento, in concreto, della presenza di condizioni di efficienza del mercato
1655 stesso e la neutralizzazione di fenomeni di *over reaction*.

1656 b) in secondo luogo, l'accertamento che la reazione del mercato non misuri danni di fatto non
1657 risarcibili, che esulano dalle responsabilità del soggetto che ha causato il danno, per le ragioni
1658 già discusse nei capitoli precedenti.

1659 La realizzazione di *event studies* postula la possibilità di predisporre adeguati *data-base* di parametri
1660 finanziari e la capacità di interpretare i risultati ottenuti vanno opportunamente interpretati e valutati
1661 onde accertarne il grado di significatività. Segue un breve esempio della tecnica che si discute.

1662 *Una società quotata in Borsa, in seguito alle dichiarazioni, poi rivelatesi non veritiere, di un*
1663 *competitor con il quale era allo studio un'operazione di integrazione aziendale ha subito un*
1664 *significativo danno d'immagine.*

1665 *L'esperto ha effettuato la scelta di stimare tale danno in base alla perdita di valore di mercato dei*
1666 *titoli della società.*

1667 *L'analisi dell'andamento dei prezzi di Borsa evidenziava tuttavia che anche altri titoli del settore*
1668 *erano stati interessati nel medesimo periodo da un fenomeno di flessione dei prezzi.*

1669 *In tali condizioni l'esperto deve domandarsi quale parte della flessione del prezzo del titolo sia stata*
1670 *originata dalla diffusione di informazioni mendaci e quale parte della flessione dipenda invece*
1671 *dall'andamento di mercato del settore azionario di riferimento.*

1672 *L'esperto ha quindi applicato la tecnica nota come event study per depurare l'andamento del titolo*
1673 *della società che ha subito il danno dall'effetto dovuto alla dinamica generale del mercato.*

1674 *Per effettuare le analisi richieste è necessario disporre di un modello quantitativo in grado di*
1675 *simulare o riprodurre nel giorno dell'evento analizzato – e nei giorni immediatamente precedenti o*
1676 *successivi – quale sarebbe stato il comportamento “normale” dovuto ai soli fattori di mercato e quale*
1677 *frazione della variazione di prezzo è invece “anomala”, nel senso che non è spiegabile da fattori di*
1678 *mercato ed è quindi verosimilmente riferibile alle dichiarazioni del competitor.*

1679 La letteratura professionale fornisce le indicazioni necessarie per sviluppare la tecnica dell'*event*
1680 *study*, anche con numerosi riferimenti ad analisi *forensic*.

1681

1682

2. Appendice giuridica

1683

2.1 I principi giuridici per la liquidazione dei danni. Danno

1684

contrattuale ed extracontrattuale: principi comuni

1685

2.1.1 I titoli giuridici per il riconoscimento di un danno risarcibile

1686

Sono titoli giuridici per il sorgere di una obbligazione risarcitoria, da un lato, la violazione di un contratto e, dall'altro, la commissione di un fatto illecito.

1687

1688

Il rimedio previsto dall'ordinamento in entrambe le ipotesi si configura nel risarcimento del danno.

1689

L'unicità del rimedio, tuttavia, non fa venir meno la diversità del fatto generatore della responsabilità che:

1690

1691

a) nel primo caso, consiste nell'inadempimento di un'obbligazione (il più delle volte, di fonte contrattuale), mentre

1692

1693

b) nel secondo, nella violazione di una regola di condotta generale.

1694

La distinzione tra le due forme di responsabilità si coglie, dunque, nella sussistenza o meno di una preesistente relazione vincolante tra le parti. Tale diversità è idonea a fondare, nell'ambito del sistema della responsabilità civile, due regimi differenziati che, per rimanere alle differenze più marcate, si articolano:

1695

1696

1697

1698

i) nella diversa distribuzione dell'onere della prova;

1699

ii) nel differente termine prescrizione del diritto al risarcimento;

1700

iii) nella risarcibilità dei soli danni prevedibili nell'illecito contrattuale, salvo il caso di inadempimento doloso (art. 1225 c.c.). Il criterio della prevedibilità non trova invece applicazione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, così che saranno risarcibili anche le conseguenze imprevedibili, con esclusione solo di quelle eccezionalissime, improbabili e abnormi¹².

1701

1702

1703

1704

Bisogna infine accennare alla possibilità di concorso tra i due tipi di responsabilità fin qui descritti e, dunque, di cumulo delle relative azioni¹³. Una simile ipotesi si verifica allorché un medesimo fatto costituisca allo stesso tempo inadempimento di una obbligazione nonché violazione del generico dovere del *neminem laedere*.

1705

1706

1707

1708

La giurisprudenza di legittimità, nell'affermare una tutela più elevata possibile del soggetto leso, ha stabilito l'ammissibilità di un "concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso"¹⁴.

1709

1710

1711

1712

In definitiva, per aversi un simile concorso è necessario che ricorrano contemporaneamente tre elementi: l'unicità del fatto lesivo; la convergenza, sul piano soggettivo, delle qualità di debitore-

1713

¹²P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 178.

¹³ Il riferimento è al concorso c.d. proprio, che ricorre allorché danneggiante e danneggiato coincidano con le parti del rapporto obbligatorio. Questo tipo di concorso si contrappone al concorso c.d. improprio, il quale si verifica laddove non sia riscontrabile una siffatta coincidenza sotto il profilo soggettivo: in tal caso, la tutela aquiliana è posta a presidio di interessi facenti capo a soggetti estranei al rapporto obbligatorio.

¹⁴Cass. 19 gennaio 1996, n. 418. Nella nota sentenza del 13 marzo 1980, n. 1696, la Cassazione ha affermato che "è ammissibile il concorso delle due specie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contratto dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti, che alla persona offesa spettano, di non subire pregiudizio all'onore, all'incolumità personale e alla proprietà di cui è titolare".

1714 danneggiante e creditore-danneggiato; la produzione del danno aquiliano come effetto
1715 dell'inadempimento dell'obbligazione.

1716 Ciò posto, è possibile analizzare partitamente i due titoli di responsabilità.

1717 2.1.2 La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni

1718 Il debitore che non esegue o esegue in modo inesatto la prestazione dovuta è tenuto a risarcire i danni
1719 che si verificano nella sfera giuridica del creditore.

1720 *Es. L'appaltatore che non esegue l'opera che gli è stata commissionata o che la esegue in modo*
1721 *difforme rispetto al progetto contrattuale o con notevole ritardo rispetto al tempo pattuito per*
1722 *l'ultimazione dei lavori è tenuto a corrispondere al committente una somma di denaro a titolo di*
1723 *risarcimento del danno.*

1724 L'inadempimento, comunque configurato¹⁵, determina l'insorgere di un obbligo risarcitorio a
1725 condizione che sia imputabile al debitore. L'art. 1218 c.c., norma cardine del sistema della
1726 responsabilità contrattuale, invero, assoggetta il debitore all'obbligazione risarcitoria laddove non
1727 dimostri che «l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione
1728 derivante da causa a lui non imputabile».

1729 Dalla lettura della disposizione emerge che, ai fini del riconoscimento di una responsabilità
1730 risarcitoria, è necessario l'accertamento della compresenza di due elementi:

1731 a) la mancata esecuzione della prestazione e

1732 b) l'imputabilità dell'inadempimento al debitore.

1733 Ne consegue che ove l'inadempimento sia imputabile al soggetto tenuto alla prestazione,
1734 l'obbligazione originaria si perpetua nell'obbligazione risarcitoria; mentre, nell'ipotesi in cui
1735 l'inadempimento non sia imputabile al debitore nessun risarcimento è dovuto e il vincolo obbligatorio
1736 si estingue.

1737 L'art. 1218 c.c. ricollega la responsabilità del debitore alla mancata dimostrazione dell'esistenza di
1738 un fattore causativo dell'impossibilità estraneo alla sua sfera di controllo. Il problema
1739 dell'inadempimento imputabile costituisce lo snodo fondamentale del dibattito dottrinale sulla
1740 responsabilità contrattuale. Ancora si discute, invero, sulla qualificazione della responsabilità in
1741 termini oggettivi ovvero soggettivi, se cioè l'evento causativo la situazione di impedimento alla
1742 prestazione debba essere imputato al debitore secondo un criterio:

1743 oggettivo, che prescinda dalla sua condotta diligente, oppure

1744 soggettivo ancorato a sua colpa.

1745 2.1.2.1 Concezione oggettiva

1746 La concezione oggettiva dell'imputabilità ritiene che in caso di inadempimento il debitore è sempre
1747 chiamato a rispondere delle conseguenze negative subite dal creditore, indipendentemente dal suo
1748 stato di colpa¹⁶.

¹⁵ L'inadempimento può essere totale, quando la prestazione rimane completamente non eseguita, o parziale, quando la prestazione è eseguita, ma in modo errato o quantitativamente o qualitativamente (c.d. adempimento inesatto). Sotto altro profilo, invece, si distingue tra inadempimento assoluto, quando la prestazione è definitivamente ineseguibile, e inadempimento relativo o ritardo, quando l'esecuzione della prestazione non è avvenuta, ma può ancora avvenire.

¹⁶ Tradizionalmente si fa risalire la concezione oggettiva a G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Scritti Giuridici* (già in *Riv. dir. civ.*, 1918), Milano, 1973.

1749 Secondo questa impostazione l'art. 1218 c.c. disciplina la responsabilità partendo dal presupposto
1750 che il debitore è tenuto ad adempiere fintanto che la prestazione sia oggettivamente possibile.

1751 Solo l'oggettiva e assoluta impossibilità della prestazione fa sorgere un problema di imputabilità per
1752 colpa la quale, però, non riguarda direttamente l'inadempimento ma la causa dell'impossibilità
1753 sopravvenuta, con la conseguenza che ove non venga dimostrata l'esistenza di una causa non
1754 imputabile al debitore, il vincolo resta fermo *sub specie* di obbligazione risarcitoria.

1755 *Es. Il contratto di trasporto marittimo di cose per la cui consegna è pattuito come termine di*
1756 *adempimento il 30 gennaio è inadempito se la merce non arriva a destinazione entro tale data.*
1757 *Secondo la teoria oggettiva, se la merce non è perita, non è sufficiente per il debitore allegare il*
1758 *maremoto e l'impossibilità di utilizzare mezzi di trasporto marittimi che hanno impedito la consegna*
1759 *nel termine pattuito, perché tale difficoltà, seppur oggettiva perché estranea alla sua sfera di*
1760 *controllo, è superabile e consente di adempiere la prestazione con altro mezzo di trasporto.*

1761 L'impossibilità oggettiva e assoluta, ossia quell'impedimento che nessuno sforzo umano è in grado
1762 di superare, trasforma l'obbligazione originaria in obbligazione risarcitoria se determinata da un
1763 evento imputabile al debitore.

1764 *Es. Nel contratto di trasporto precedente è imputabile al debitore non essersi attivato per la ricerca*
1765 *di un mezzo alternativo di trasporto tale da consentire la consegna entro il termine pattuito.*

1766 2.1.2.2. Concezione soggettiva

1767 Altra impostazione, invece, ricostruisce il sistema della responsabilità da inadempimento attorno ad
1768 un criterio di imputazione soggettivo costituito dal dovere di diligenza il quale viene in rilievo non
1769 solo come misura dell'adempimento, ovverosia come criterio per l'individuazione della prestazione,
1770 ma anche come parametro per la valutazione dell'inadempimento¹⁷.

1771 L'art. 1218 c.c., pertanto, non dovrebbe essere letto isolatamente ma in combinato disposto con l'art.
1772 1176 c.c.

1773 Il coordinamento tra le due norme consente, secondo tale impostazione, di riferire il giudizio di
1774 imputabilità all'inadempimento in quanto tale con la conseguenza che al debitore è richiesto, per
1775 l'esonero da responsabilità, di provare:

1776 i) l'esistenza di un impedimento soggettivo all'adempimento, non superabile cioè con lo sforzo
1777 ordinariamente richiesto per l'esecuzione di quella prestazione;

1778 ii) la non imputabilità a sé di quel fatto.

1779 *Es. Nel contratto di trasporto precedente, secondo tale teoria, il maremoto è causa sufficiente per*
1780 *escludere l'inadempimento del debitore al quale non può essere chiesto uno sforzo ulteriore*
1781 *consistente nella ricerca di mezzi di trasporto alternativi. Tale ricerca, invero, si concreterebbe in un*
1782 *sforzo contrattualmente non previsto e, come tale, non dovuto neppure in applicazione del generale*
1783 *principio di correttezza di cui all'art. 1176 c.c..*

1784 2.1.2.3. Le conseguenze operazionali delle due teorie

1785 Considerate in astratto le due teorie è possibile apprezzare le conseguenze operazionali delle stesse.

¹⁷ Il merito di aver ricostruito il sistema di responsabilità del debitore attorno alla nozione di diligenza si deve a N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

1786 Entrambe le impostazioni, in realtà, esigono una valutazione circa la sussistenza di un comportamento
1787 colposo del debitore. Tuttavia, tale giudizio viene riferito, in un caso, alla causa dell'impossibilità e,
1788 nell'altro, all'inadempimento in quanto tale, infatti:

1789 a) la teoria oggettiva considera liberato il debitore solo ove la prestazione non possa essere eseguita
1790 a causa di impedimento assoluto insuperabile con qualsiasi sforzo. Il giudizio sulla colpa, quindi,
1791 deve essere effettuato riguardo a quest'ultimo, con la conseguenza che l'obbligo risarcitorio
1792 sorge laddove l'accertato impedimento sia stato causato da negligenza;

1793 b) la concezione soggettiva ritiene liberato il debitore se l'impossibilità della prestazione sia dovuta
1794 ad un impedimento, oggettivo e relativo, non superabile attraverso uno sforzo diligente
1795 dell'obbligato.

1796 Il momento in cui entra in gioco il giudizio sulla colpa comporta rilevanti conseguenze sotto il profilo
1797 dell'onere probatorio che il debitore è chiamato ad assolvere per andare esente da responsabilità.

1798 Riferire il giudizio sulla colpa alla causa dell'impossibilità, e non all'inadempimento, significa
1799 ritenere superflua la dimostrazione del debitore di aver tenuto un comportamento diligente essendo
1800 necessaria, invero, la prova positiva di un impedimento estraneo alla sua sfera di controllo, tale che
1801 lo stesso non avrebbe potuto in nessun modo evitarlo.

1802 *Es. Nel contratto di deposito con il quale il debitore si sia obbligato a custodire il bene attraverso un*
1803 *sistema di video sorveglianza il mancato funzionamento dello stesso causato da un improvviso*
1804 *blackout elettrico rende oggettivamente e assolutamente impossibile la prestazione contrattualmente*
1805 *pattuita. Ne consegue che il furto del bene depositato non è imputabile al depositario il quale in*
1806 *nessun modo avrebbe potuto adempiere.*

1807 Al contrario, anticipare la valutazione sulla colpa riferendola direttamente all'inadempimento,
1808 comporta una netta facilitazione dell'onere probatorio dell'obbligato il quale sarebbe in grado di
1809 liberarsi semplicemente dimostrando che il comportamento tenuto si è rivelato conforme agli standard
1810 di diligenza richiesta per l'adempimento della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio.

1811 *Es. Nel contratto di appalto, in caso di crollo dell'opera costruita, all'appaltatore è sufficiente*
1812 *dimostrare di averla eseguita in modo diligente, conformandosi alle leges artis all'uopo richieste.*

1813 Nella prassi, tuttavia, nonostante l'apparente chiarezza dell'art. 1218 c.c., i giudizi sulla causa
1814 dell'impossibilità e sull'imputabilità dell'inadempimento tendono a sovrapporsi.

1815 Talvolta, infatti, la prova di un comportamento diligente del debitore risulta sufficiente perché questi
1816 non sia assoggettato all'obbligo risarcitorio: indipendentemente dalla dimostrazione della causa
1817 dell'impossibilità si afferma che il debitore possa andare esente da responsabilità semplicemente
1818 dimostrando che, qualunque sia l'evento impeditivo, non è a lui imputabile date le condizioni di
1819 prudenza che hanno informato il suo comportamento¹⁸.

1820 Talaltra, invece, la dimostrazione di un comportamento diligente non è sufficiente ad esonerare il
1821 debitore dall'obbligazione risarcitoria restando a suo carico il rischio della causa ignota
1822 dell'impossibilità¹⁹.

¹⁸ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1979, 170. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 102, in proposito, ha sottolineato la superfluità di una doppia prova laddove il debitore sia in grado di dimostrare immediatamente di essersi comportato diligentemente.

¹⁹ Cfr. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi* – 2, Milano, 2006, 767 ss. il quale riporta quale esempio paradigmatico quello della responsabilità medica; F. PIRAINO, *Adempimento*

1823 2.1.3. La responsabilità extracontrattuale.

1824 La responsabilità extracontrattuale, al contrario di quella contrattuale, si caratterizza per il fatto che
1825 le parti non hanno volontariamente intessuto tra loro una relazione risultando, così, estranee l'una
1826 rispetto all'altra.

1827 Tale estraneità, tuttavia, non esime i consociati dal conformare i loro comportamenti agli standard
1828 minimi di condotta che l'ordinamento loro impone commisurandoli alla potenzialità lesiva che, in
1829 una data situazione, può presentarsi.

1830 Da questo punto di vista, come già anticipato, la responsabilità aquiliana condivide con la
1831 responsabilità da inadempimento la violazione di un obbligo giuridico il quale, tuttavia, non è rivolto
1832 alla soddisfazione di un interesse particolare del creditore, ma alla tutela di un interesse generico
1833 proprio di cui sono portatori tutti i consociati.

1834 Tale interesse generale è codificato dall'art. 2043 c.c. ove, come noto, si prevede che «qualunque
1835 fatto dolo o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a
1836 risarcire il danno».

1837 *Es. L'imprenditore che pone in essere attività anticoncorrenziale attraverso la stipulazione di intese*
1838 *illegittime o l'abuso della posizione dominante sul mercato è obbligato a risarcire il danno che*
1839 *l'intesa o l'abuso determinano nella sfera giuridica dei concorrenti.*

1840 L'art. 2043 c.c. costituisce la norma di riferimento della responsabilità aquiliana nella misura in cui
1841 sancisce il principio dell'*alterum non laedere* senza, tuttavia, tipizzare quali comportamenti possano
1842 essere fonte di danni. Accanto a detta norma il codice, poi, prevede una serie di illeciti tipici (artt.
1843 2047 e ss.) che si caratterizzano per la previsione di un diverso criterio di imputazione del fatto al
1844 danneggiato (ipotesi di responsabilità oggettiva) o per un aggravamento della posizione della
1845 posizione processuale del danneggiato sul quale, al pari di quanto avviene nella responsabilità
1846 contrattuale, grava l'onere di fornire la prova liberatoria (ipotesi di responsabilità aggravata).

1847 2.1.3.1. La struttura del fatto illecito.

1848 La formulazione dell'art. 2043 c.c., in una prospettiva analitica, consente di ricavare dalla struttura
1849 del fatto illecito i seguenti elementi costitutivi: i) il fatto; ii) l'elemento soggettivo; iii) il danno
1850 ingiusto (o danno evento); iv) il nesso di causalità materiale; v) il danno conseguenza.

1851 i) La vicenda da cui origina il danno risarcibile deve consistere in un fatto riferibile ad un soggetto.
1852 Il fatto, dunque, è l'elemento generatore della responsabilità, e si distingue:

1853 a) nella condotta umana (c.d. atto illecito), la quale può configurarsi in forma commissiva, quando
1854 consiste in un *facere* od omissiva, quando consiste in un *non facere*.

1855 *Es. Costituisce una condotta attiva quella dell'agente assicuratore che, dopo essere stato licenziato*
1856 *dalla società Alfa ed essersi messo in proprio, utilizza il portafoglio clienti di cui era in possesso per*
1857 *sviare la clientela. Costituisce un'omissione la diffusione dei dati sensibili dei clienti di un istituto di*
1858 *credito, cui consegue una lesione all'immagine, dovuta alla mancata predisposizione degli strumenti*
1859 *idonei ad evitarla.*

1860 b) nel fatto materiale (c.d. fatto illecito in senso stretto), il quale ricorre quando l'evento produttivo
1861 del danno si concreta in un mero fatto materiale.

e responsabilità contrattuale, Napoli, 2011, 594 e ss.; ID, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1048 ss.

1862 *Es. Lo smottamento di un terreno che determina il crollo di un capannone industriale è un fatto*
1863 *illecito in senso stretto. In tali casi, il fatto naturale viene imputato ad un determinato soggetto in*
1864 *considerazione del particolare legame intercorrente fra questi e il fatto medesimo*²⁰.

1865 ii) Il fatto deve essere riferibile al soggetto sotto il profilo psicologico. Ciò richiede, in primo luogo,
1866 che il danneggiante sia un soggetto capace di intendere e di volere e, quindi, imputabile (2046
1867 c.c.).

1868 In secondo luogo, salve le ipotesi di responsabilità oggettiva ove l'imputazione della responsabilità
1869 al danneggiante avviene solo sulla base dell'esistenza del nesso di causalità, l'art. 2043 c.c. richiede
1870 l'esistenza, alternativamente, del dolo o della colpa.

1871 Il dolo consiste nella rappresentazione e volontà del fatto illecito: l'agente vuole cagionare un danno
1872 ingiusto ed agisce con l'*animus nocendi*.

1873 *Es. L'agente assicurativo che intenzionalmente utilizza il patrimonio informativo di cui era a*
1874 *conoscenza in virtù del rapporto che aveva con la società Alfa al precipuo fine di sviare clientela.*

1875 La colpa, invece, consta nella mancata osservanza di una regola di condotta la cui osservanza è
1876 prescritta per evitare la causazione di un danno. L'illecito civile, a differenza di quello penale, è un
1877 illecito essenzialmente colposo in quanto la funzione della responsabilità civile è quella di evitare che
1878 i consociati si discostino il meno possibile dai modelli di comportamento imposti dalla legge. Si
1879 spiega, pertanto, perché sia sufficiente l'esistenza di una condotta negligente, imprudente o imperita
1880 ovvero sia non rispondente allo standard di adeguatezza imposto dall'ordinamento ai fini
1881 dell'affermazione di una responsabilità risarcitoria.

1882 *Es. Si pensi all'istituto di credito che, senza la adeguata diligenza, fornisce informazioni circa la*
1883 *solvibilità di un determinato soggetto inducendo il richiedente alla stipulazione di un contratto.*

1884 iii) Nella struttura dell'illecito ex art. 2043 c.c. assume decisiva importanza la clausola dell'ingiustizia
1885 del danno. Nella formula normativa non vanno confusi gli incisi "danno ingiusto" e "danno" i quali
1886 costituiscono due differenti componenti dell'illecito.

1887 Mentre, il danno ingiusto si concreta nella lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita
1888 di relazione, ossia l'evento lesivo che integra la fattispecie dell'illecito; il danno è l'effetto economico
1889 negativo, cioè la «complessiva rilevanza economica dell'evento lesivo nella sfera del danneggiato»²¹.

1890 Nella struttura semantica dell'art. 2043, dunque, il duplice riferimento al concetto di danno, non è
1891 una inutile ripetizione in quanto il danno configura, in primo luogo, il presupposto del risarcimento:
1892 da questo punto di vista è risarcibile solo il danno ingiusto, ossia quella lesione di un interesse
1893 giuridicamente protetto e, quindi, meritevole di tutela; in secondo luogo, il danno costituisce oggetto
1894 del risarcimento in quanto quest'ultimo è volto a rimuovere le conseguenze economiche negative
1895 verificatesi nella sfera giuridica del danneggiato.

1896 Il legislatore si è limitato, tuttavia, ad enunciare il principio della risarcibilità di ogni danno ingiusto,
1897 senza prevedere cosa debba intendersi per ingiustizia, né quali siano i criteri alla stregua dei quali
1898 verificare se un danno sia o meno tale.

²⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 2051 c.c. che imputa la responsabilità da cose in custodia a colui che abbia la disponibilità materiale della *res*.

²¹ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 583.

1899 Originariamente, l'interpretazione giurisprudenziale riferiva l'ingiustizia all'antigiuridicità da
 1900 intendersi quale violazione di un diritto o di una norma. Di conseguenza, si ammetteva il risarcimento
 1901 delle sole situazioni giuridiche inquadrabili nella categoria del diritto soggettivo.

1902 *Es. L'incendio che si verifica in un capannone industriale a causa della sua negligente manutenzione*
 1903 *obbliga il danneggiante al risarcimento del danno provocato dalla propagazione delle fiamme nei*
 1904 *capannoni limitrofi in quanto si determina una lesione del diritto proprietà.*

1905 Successivamente, si è messo in luce come siano meritevoli di ristoro anche quelle lesioni che, pur
 1906 non interessando un diritto, siano tali da incidere su una situazione di fatto.

1907 *Es. L'imprenditore che conduce in locazione l'immobile destinato a sede dell'impresa e che subisce*
 1908 *uno spoglio illegittimo da parte del proprietario o di un terzo non solo ha diritto alla tutela*
 1909 *restitutoria, ma anche al risarcimento dei danni patiti in quanto il possesso è una situazione di fatto*
 1910 *meritevole di tutela ai sensi dell'2043 c.c. e la sua lesione è ingiusta.*

1911 Il danno ingiusto, quindi, consiste nella «lesione di un interesse che l'ordinamento tutela nei confronti
 1912 della generalità dei consociati, ossia la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di
 1913 relazione»²².

1914 iv) L'evento dannoso, inoltre, deve essere riferibile al soggetto agente anche sotto il profilo oggettivo.

1915 Nell'illecito civile, il problema della causalità rileva sotto due distinti aspetti che corrispondono alla
 1916 diversità di significato che il termine danno assume nell'art. 2043: la prima in termini di danno
 1917 ingiusto, quale lesione ingiusta cagionata ad altri; la seconda in termini di pregiudizio, ossia di perdita
 1918 subita dal terzo.

1919 Nel sistema della responsabilità civile, dunque, la causalità funge da criterio di imputazione del fatto
 1920 illecito (c.d. causalità materiale) e, al pari di quanto avviene nella responsabilità contrattuale, da
 1921 regola operativa per il successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto
 1922 che si traducono nel danno risarcibile (c.d. causalità giuridica).

1923 *Es. La causalità materiale consiste nel giudizio di attribuibilità alla società Alfa dell'attività di*
 1924 *sfruttamento abusivo della sua posizione dominante. La causalità giuridica, invece, consiste nel*
 1925 *giudizio volto a verificare se a seguito di tale comportamento i concorrenti abbiano subito una*
 1926 *diminuzione del fatturato.*

1927 Riservando al seguito l'esame della causalità giuridica, basti qui osservare, in ordine alla causalità
 1928 materiale, che l'art. 2043 c.c. si riferisce esplicitamente a quest'ultima mediante l'inciso "cagiona",
 1929 riferendolo alla necessità che vi sia un legame eziologico tra il fatto e il danno ingiusto.

1930 Tale giudizio, ancor oggi condotto alla stregua della teoria della *condicio sine qua non*, non è
 1931 necessario nell'ipotesi di violazione del contratto la quale, per definizione, non può che essere posta
 1932 in essere dal soggetto obbligato alla prestazione. Nell'illecito aquiliano, invece, l'inesistenza di una
 1933 relazione tra danneggiante e danneggiato impone, dapprima la verifica dell'esistenza della fattispecie
 1934 illecita e, quindi, del nesso causale tra il comportamento del soggetto agente e il danno evento, ossia
 1935 la lesione cagionata al terzo; e, solo successivamente, richiede l'individuazione delle conseguenze
 1936 dannose che da tale evento sono scaturite.

1937 Pertanto, il giudizio sulla causalità materiale, al pari di quello relativo all'imputabilità
 1938 dell'inadempimento, è un giudizio relativo all'*an debeatur*: ove dia esito negativo, perché l'evento
 1939 non è eziologicamente connesso al fatto, non è possibile procedere, neppure in astratto, alla verifica

²² C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 586, ivi ampi riferimenti alle diverse teorie elaborate in argomento.

1940 delle conseguenze risarcibili perché esse, anche se concretamente subite, non potrebbero essere
 1941 ristorate da alcuno.

1942 *Es. Perché ricorra possa radicarsi un'obbligazione risarcitoria in capo alla società Alfa è necessario*
 1943 *che l'alterazione della normale concorrenza sia legata da un nesso causale all'intesa conclusa con*
 1944 *la Società Beta. Appurata l'esistenza di un nesso causale e, quindi, del fatto illecito, dovrà poi*
 1945 *procedersi alla verifica dei danni subiti dalle imprese concorrenti o dai consumatori come*
 1946 *l'aumento dei prezzi delle materie prime, la diminuzione dei flussi di cassa atteso o il sovrapprezzo*
 1947 *dei prodotti finali.*

1948 Tuttavia, mentre il codice civile prevede espressamente un sistema operativo di valutazione e
 1949 determinazione dei danni, derivino essi da inadempimento o da fatto illecito, (cfr. artt. 1223, 1226,
 1950 1227 e 2056 c.c.), nessuna norma prevede espressamente cosa debba intendersi per nesso causale,
 1951 limitandosi l'art. 2043 a prevedere che fatto illecito è quello che "cagiona" ad altri un danno ingiusto.

1952 Trattandosi dell'unico profilo dedicato dal legislatore del '42 al nesso eziologico, la comune
 1953 interpretazione, si rifà all'art. 40 c.p. e all'elaborazione della penalistica.

1954 Nelle applicazioni giurisprudenziali, ancora dominante, è il riferimento alla teoria della *condicio sine*
 1955 *qua non* secondo cui un evento può essere considerato causato da un altro se, ferme restando le altre
 1956 condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo. Il rigore del principio
 1957 dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p. – in base al quale, se la produzione di un evento
 1958 dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale
 1959 – trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal secondo comma della
 1960 stessa norma, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della
 1961 condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause
 1962 preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto²³.

1963 Ad ogni modo, all'interno delle serie causali così determinate occorre dare rilievo solo a quelle che,
 1964 nel momento in cui si produce l'evento non appaiano del tutto inverosimili, ma che, al contrario, si
 1965 presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata
 1966 o della regolarità causale²⁴.

1967 L'applicazione della teoria della regolarità causale consente di affermare che ciascuno può essere
 1968 considerato responsabile solo delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiano
 1969 sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità
 1970 per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili.

1971 Sotto il profilo dell'accertamento del nesso di causalità, invece, la giurisprudenza di legittimità è
 1972 ormai ferma nel ritenere che non sia necessario un accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio e,
 1973 quindi, ottenuto a seguito dell'applicazione del parametro della razionalità logica o razionale. Nella
 1974 responsabilità civile, invero, non sussistono le medesime esigenze sottese alla *rationes* del diritto
 1975 penale e, conseguentemente, si ritiene sufficiente l'applicazione della regola del "più probabile che
 1976 non"²⁵.

1977 Premesso che non è ammessa nel nostro ordinamento la risarcibilità della mera perdita economica
 1978 che non consegue a un evento lesivo, nella stima del danno dell'illecito aquilano l'analisi economica

²³ Così Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 581.

²⁴ Così Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 576.

²⁵ Cfr., ancora, Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 581.

1979 non può limitarsi ad un'analisi di correlazione fra fatto illecito e conseguenze, in quanto la
 1980 correlazione può dipendere da molti fattori anche diversi dall'evento dannoso²⁶.

1981 La premessa da cui partire è che la logica economica attiene ai generali principi relativi al modo in
 1982 cui la ricchezza deve muoversi per attuare la migliore allocazione delle risorse, che includono quella
 1983 sorta di scambio coattivo nel quale consiste il risarcimento, quale che sia la fonte che ad esso obblighi.

1984 La funzione compensativa in tale ottica prevede dunque *in primis* il principio secondo cui il
 1985 risarcimento deve essere integrale dovendo coprire l'intero valore di "spettanza" del danneggiato
 1986 (oltre dunque il danno emergente anche il lucro cessante) perché altrimenti non assolverebbe la
 1987 specifica funzione di ripristinare la distribuzione mercantile delle risorse interrotta o alterata vuoi
 1988 dalla inattuazione dello scambio vuoi dalla distruzione di utilità già acquisite o delle condizioni della
 1989 loro produzione.

1990 E *in secundis* il principio per cui il risarcimento non deve esorbitare in un arricchimento del
 1991 danneggiato non dovendo oltrepassare il danno realmente subito dalla vittima e altresì non dovendo
 1992 coprire le deficienze organizzative e finanziarie della sua economia. Diversamente ragionando si
 1993 attuerebbero trasferimenti di risorse non giustificati dal mercato, e cioè trasferimenti che violano
 1994 quella distribuzione mercantile della ricchezza che è, invece, suo compito ripristinare.

1995 Alla luce di ciò l'analisi economica è ragionevole quando la regola del "*più probabile che non*"
 1996 espressione della teoria condizionalistica si coordina con la regola del contenimento, regola che
 1997 attiene alla fase della quantificazione del danno nel valutare prima la causalità materiale e poi la
 1998 causalità giuridica.

1999 La regola del contenimento permea la logica dell'art. 1227 c.c. che al primo comma disciplinando il
 2000 fatto colposo del danneggiato pone un correttivo alla teoria condizionalistica e al secondo comma
 2001 pone l'ordinaria diligenza come limite alle conseguenze risarcibili di cui all'art. 1223 c.c.

2002 Infine l'analisi economica del danno è ragionevole anche quando si è al di sotto del livello della
 2003 "*regola del più probabile che non*" e si risarcisce un diverso bene della vita, la c.d. "chance". Si tratta
 2004 di un bene della vita strumentale il cui contenuto si proietta nel futuro per il conseguimento del bene
 2005 della vita finale. Trattandosi pur sempre di un bene attuale va da sé che il suo valore economico sarà
 2006 dato da una quota del valore economico del bene finale, quota che dovrà essere quantificata sempre
 2007 ricorrendo alla logica del "*più probabile che non*". La *chance*, infine, se incontra un limite verso l'alto
 2008 nel fatto che superata la soglia probabilistica (50+1) c'è il bene della vita finale, verso il basso incontra
 2009 il limite dato dalla considerazione che esso non può essere meramente effimero dovendo superare una
 2010 soglia minima di rilevanza.

2011

2012 **2.1.3.2 Fatto illecito e attività societaria**

2013 Talune disposizioni in materia di disciplina delle società per azioni sono riconducibili al campo
 2014 aquiliano²⁷.

2015 Si allude *in primis* all'art. 2394 c.c. che prevede in capo agli amministratori la responsabilità "verso
 2016 i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale".

²⁶M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 890 ss.

²⁷ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 369 ss.

2017 *In secundis* alla responsabilità che l'art. 2935 c.c. prevede a carico degli amministratori per il "danno
2018 spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi
2019 degli amministratori".

2020 Infine all'art. 2497 c.c. che pone la responsabilità a carico di "società o... enti che, esercitando attività
2021 di direzione o coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in
2022 violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime...nei
2023 confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione
2024 sociale, nonché nei confronti dei creditori per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della
2025 società".

2026 *Si pensi al caso di una avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che*
2027 *ha perduto interamente il capitale, e dinanzi a una altrettanto avventata o comunque imprudente*
2028 *concessione di credito da parte della banca.*

2029 In tali ipotesi il comportamento illecito è concorrente ed è dotato di intrinseca efficacia causale, posto
2030 che il fatto dannoso si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo
2031 aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale.

2032 Questo fatto integra un danno per la società in sé, oltre che per i creditori anteriori, e determina –
2033 siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti- l'insorgere dell'obbligazione
2034 risarcitoria in via solidale (art. 2055 c.c.), giacché gli elementi costitutivi della fattispecie di
2035 responsabilità sono correlabili alla *mala gestio* degli amministratori di cui le banche si siano rese
2036 compartecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una
2037 condizione economica tale da non giustificarli²⁸.

2038 La giurisprudenza di merito²⁹ ha poi individuato ulteriori ipotesi di fatti illeciti che possono causare
2039 la perdita dell'azienda con conseguente fallimento dell'impresa che di seguito si riportano:

2040 1. L'illecita concessione di credito bancario al fine di mantenere artificiosamente in vita una impresa
2041 decotta che suscita nel mercato la falsa opinione che si tratti di impresa economicamente valida.
2042 Ciò può dare luogo ad eventi pregiudizievoli per il patrimonio del soggetto finanziato, ulteriori
2043 rispetto a quelli tipici che colpiscono solitamente i terzi i quali, ingannati dalla suddetta apparenza,
2044 contrattino o continuino a contrattare con la società.

2045 2. L'illecito penale di bancarotta fraudolenta per distrazione compiuto dai soci «di fatto» che
2046 amministrano un gruppo di società poi fallite il quale costituisce anche violazione dei doveri che
2047 incombevano sugli stessi quali amministratori delle società fallite. Primo fra tutti quello inerente
2048 alla conservazione del patrimonio sociale, dovere che viene certamente violato quando gli
2049 amministratori effettuano consistenti distrazioni di denaro così cagionando una diminuzione del
2050 patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la funzione
2051 di garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.

2052

2053 2.1.4. La teoria del danno

2054 Una volta che il giudice abbia risolto il problema dell'imputazione dell'inadempimento o riconosciuto
2055 l'esistenza di un fatto illecito, prima che un danno sia concretamente misurabile, è necessario fissare
2056 talune premesse conoscitive.

²⁸ Cass. 20 aprile 2017, n. 9983.

²⁹ Trib. Messina, 2 settembre 2008.

2057 Costituisce antecedente logico al problema della quantificazione del danno, in particolare,
2058 l'individuazione della teoria del danno che si ritiene applicabile, dei parametri attraverso cui
2059 selezionare le conseguenze risarcibili, delle finalità del risarcimento.

2060 Nel nostro – ma non solo nel nostro – ordinamento convivono teorie del danno eterogenee.

2061 Rispetto alla natura del danno risarcibile solitamente vengono in considerazione la concezione reale
2062 e la concezione patrimoniale.

2063 La prima commisura il danno al valore venale del bene secondo il prezzo di mercato; la seconda lo
2064 considera come differenza tra valore del patrimonio prima e dopo l'inadempimento.

2065 La ricerca della nozione giuridica di danno trova nell'art. 1223 c.c. un importante referente normativo.

2066 Tale disposizione, invero, nel prevedere il c.d. principio di integrale risarcimento del danno fornisce
2067 una definizione di danno che non è semplicemente ancorata al valore del bene (*aestimatio rei*), ma
2068 che tiene conto dell'intero patrimonio del creditore e, quindi, della totalità degli effetti economici
2069 negativi da questi subiti.

2070 Ne consegue che il risarcimento deve ricomprendere ogni interesse leso (*id quod interest*) e, quindi,
2071 essere diretto alla rimozione di tutti gli effetti negativi che non potrebbero essere ricompresi nella
2072 nozione reale di danno.

2073 Ora, considerato che per definizione l'inadempimento del contratto interrompe un programma
2074 prospettico, generatore di ricchezza maggiore rispetto alla posizione iniziale di entrambe le parti (un
2075 miglioramento paretiano), programma sul quale la parte adempiente ha fatto affidamento, è evidente
2076 come, in termini generali, il risarcimento del danno miri a collocare la parte adempiente sulla stessa
2077 curva d'indifferenza su cui sarebbe stata se l'adempimento si fosse verificato³⁰.

2078 *Es. Se Tizio si obbliga a trasferire a Caio la proprietà dell'immobile gamma di valore pari a 50 al*
2079 *prezzo di 100, l'inadempimento dell'obbligazione di prezzo determina il diritto di Tizio di ottenere un*
2080 *risarcimento del danno di 50 pari a quanto avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto*
2081 *(100-50=50).*

2082 La concezione di danno, pertanto, non può che essere patrimoniale concretandosi nel «pregiudizio
2083 economico che si riflette in una effettiva diminuzione del patrimonio del creditore-danneggiato ed il
2084 valore che presenterebbe, se l'obbligazione fosse stata tempestivamente ed esattamente adempiuta o
2085 il fatto dannoso non si fosse verificato: il danno non è la distruzione di una cosa o la perdita di utilità
2086 o di godimento, ma la differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe
2087 trovato se il fatto in questione non si fosse verificato»³¹.

2088 Tale impostazione, nota come *Differenztheorie*, si traduce in un'operazione aritmetica che necessita
2089 l'esatta individuazione delle poste patrimoniali da utilizzare come minuendo e sottraendo per
2090 calcolare la differenza.

2091 Il danno calcolato applicando la teoria della differenza, normalmente, è superiore rispetto a quello
2092 determinato sulla base del solo valore di mercato del bene, in quanto ad esso è sommato il lucro
2093 cessante.

2094 Talvolta, può accadere che il creditore conferisca al bene o alla prestazione un valore (valore
2095 soggettivo) superiore rispetto a quello di mercato (valore oggettivo).

³⁰ Si v. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 83 ss.

³¹ Cass. 18 luglio 1989, n. 3352, in Foro It., 1990, I, 1933.

2096 In tali casi, si ritiene che il valore della prestazione o del bene costituisca sempre la soglia minima
2097 del risarcimento, essendo inutile imporre al creditore l'onere di dimostrare che il danno è inferiore e
2098 non pratico consentire al debitore inadempiente una tale dimostrazione che, passando per una
2099 valutazione della programmazione negoziale del creditore, si tradurrebbe in una indebita ingerenza
2100 dell'altrui sfera.

2101 *Es. Si pensi all'ipotesi di contratto di compravendita inadempito a seguito del quale il compratore*
2102 *deluso riesca a realizzare un acquisto sostitutivo ad un prezzo migliore di quello pattuito.*

2103 *Si consideri, ad es., che prezzo pattuito sia 1000, che il valore di mercato al momento della consegna*
2104 *sia 1100 e che il compratore riesca a procurarsi, successivamente, il bene ad un prezzo di 900. In*
2105 *tale caso la differenza tra prezzo di mercato al momento della consegna e prezzo convenuto ($1100 -$*
2106 *$1000 = 100$) costituisce il danno minimo risarcibile per il compratore essendo irrilevante che sia*
2107 *riuscito ad acquistare il bene al prezzo di 900. Il venditore inadempiente, invero, non può dimostrare*
2108 *che l'acquisto al prezzo di 900 ha eliso il danno da inadempimento, in quanto non può beneficiare*
2109 *degli effetti positivi che il creditore ha conseguito mediante l'acquisto sostitutivo. Se il debitore avesse*
2110 *adempito, il creditore avrebbe potuto rivendere al prezzo di 1100 quanto acquistato a 1000,*
2111 *realizzando un utile di 100^{32} . Considerato, però, che il debitore non ha adempito, il medesimo*
2112 *risultato che il creditore avrebbe potuto trarre dal corretto adempimento, è raggiungibile mediante*
2113 *un risarcimento pari alla differenza tra prezzo convenuto e prezzo di mercato.*

2114 *Assumono valenza determinante, quindi, il valore convenuto e il prezzo di mercato con la*
2115 *conseguenza che il prezzo assolve la fondamentale funzione di hedging delle pretese, in quanto fissa*
2116 *il perno intorno al quale ruota ogni considerazione sulla quantificazione del danno da*
2117 *inadempimento.*

2118 2.1.4.1 Interesse contrattuale positivo

2119 In termini generali, le norme che si leggono agli art. 1218 ss. c.c. orientano l'interprete nella direzione
2120 del risarcimento dell'interesse positivo – che concretamente significa garantire gli effetti economici
2121 del contratto adempito attraverso la corresponsione di una somma di denaro idonea a collocare il
2122 danneggiato in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se
2123 l'inadempimento non si fosse verificato.

2124 Alla determinazione dell'interesse positivo può arriversi attraverso una sottrazione: secondo la
2125 *Differenzhypothese*, si deve confrontare il patrimonio della parte adempiente qual è (minuendo) e
2126 quello che sarebbe stato in presenza dell'adempimento (sottraendo)³³.

2127 *Es. Se il compratore si obbliga al versamento di un prezzo di 1000 di un bene che il venditore si*
2128 *procura al costo di 800, l'inadempimento determina per il venditore un danno pari a 200, quale*
2129 *differenza tra patrimonio attuale e patrimonio in caso di adempimento ($1000 - 800 = 200$). È*
2130 *possibile, però, che il creditore sopporti delle spese per la conclusione o l'esecuzione del contratto.*
2131 *Si pensi al caso in cui il venditore spenda una somma pari a 50 per la pubblicità dell'affare o per*
2132 *avvalersi di un intermediario. Il risarcimento dell'interesse positivo è indifferente alle spese e sarà*
2133 *pur sempre parametrato alla situazione patrimoniale che sarebbe esistita se il debitore avesse*
2134 *adempito.*

2135 *Continuando l'esempio, la spesa di 50 non determina un risarcimento pari a 250 perché comunque*
2136 *il creditore avrebbe conseguito 200 a seguito dell'adempimento, con un profitto netto di 150. Il*

³² L'esempio è tratto da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 116.

³³ La stessa operazione può compiersi, in realtà, anche con una addizione, considerando analiticamente le poste patrimoniali che avrebbero composto il patrimonio ove l'adempimento si fosse realizzato (cioè, ad esempio, avviene utilizzando il metodo di contribuzione).

2137 *creditore, quindi, non può traslare in capo al debitore i costi della stipulazione conseguendo così un*
2138 *risultato migliore di quello astrattamente conseguibile con l'esatto adempimento.*

2139 *2.1.4.2. Interesse contrattuale negativo*

2140 Al concetto di interesse positivo si contrappone quello di interesse negativo, secondo cui il
2141 risarcimento deve essere diretto a collocare il contraente danneggiato nella stessa situazione in cui si
2142 sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto, attraverso la corresponsione di una somma pari
2143 alle spese sostenute per la contrattazione e la sua esecuzione e ai guadagni perduti per la rinuncia agli
2144 affari trascurati.

2145 *Es. Se il venditore per concludere il contratto sostiene una spesa pari 100 per pubblicità, 200 per*
2146 *intermediazione di un terzo il risarcimento dell'interesse negativo è pari 300 essendo irrilevante il*
2147 *prezzo contrattualmente pattuito. È possibile, però, che il venditore ometta di concludere uno o più*
2148 *affari pari a 200 confidando nell'adempimento del compratore. In tal caso tali ulteriori 200*
2149 *contribuiscono a formare l'ammontare del risarcimento.*

2150 Normalmente non viene domandato giudizialmente l'interesse negativo in caso di inadempimento, e
2151 ciò per due ragioni:

2152 a) da un lato, il concreto operare delle regole della responsabilità contrattuale comporta una difficile,
2153 se non impossibile, prova della voce più rilevante dell'interesse negativo, ossia delle occasioni di
2154 guadagno perdute, trascurate in virtù dell'affidamento nell'esecuzione del contratto e

2155 b) dall'altro, se è vero che in un mercato perfettamente concorrenziale, tendenzialmente, interesse
2156 positivo ed interesse negativo coincidono, in quanto il lucro derivante gli affari perduti dovrebbe
2157 garantire al creditore un utile non diverso da quello conseguibile attraverso l'adempimento del
2158 contratto concluso; è altrettanto vero che in un mercato meno concorrenziale e trasparente tale
2159 equivalenza deve escludersi ed interesse positivo e interesse negativo divergono³⁴.

2160 Ciò, tuttavia, non vuol dire che l'interesse negativo non possa mai essere ristorato.

2161 Esclusa la cumulabilità tra interesse positivo e negativo, la risarcibilità di quest'ultimo può essere
2162 preferita quando l'interesse negativo è superiore a quello positivo; per ragioni connesse alla prova.

2163 *2.1.4.3. Ragioni teoriche per la risarcibilità dell'interesse contrattuale negativo*

2164 Prima di indagare le conseguenze pratiche di una possibile scelta tra risarcibilità dell'interesse
2165 positivo e interesse negativo è necessario verificare, in astratto, i presupposti teorici per una domanda
2166 in tale ultimo senso orientata.

2167 Nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento, invero, non è condiviso unanimemente che
2168 il contraente risolvante abbia diritto al risarcimento dell'interesse positivo, occorre quindi verificare
2169 se, in via alternativa o esclusiva, può essere domandato il risarcimento dell'interesse negativo³⁵.

³⁴ Se a ciò si aggiunge che il sistema della responsabilità contrattuale non è solo finalizzato ad incentivare l'adempimento del debitore, ma anche volto a consentire al creditore un razionale calcolo dei suoi investimenti, è evidente che il risarcimento dell'interesse negativo ridotto alle sole spese sostenute per l'operazione costituirebbe un disincentivo per l'iniziativa economica. Il contraente, invero, esposto al rischio di non ricevere la prestazione o un suo equivalente monetario è indotto a non contrattare perché non può programmare razionalmente la sua attività³⁴.

³⁵ Cfr. di recente Cass., sez. III, ord. 9 novembre 2023, n. 31276, che, con riguardo al rapporto di locazione immobiliare, ha rimesso alle Sezioni unite l'interrogativo sul se in sede di risoluzione, il risarcimento debba riportare il contraente deluso in una situazione patrimoniale equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto (interesse positivo) o, invece, a quella precedente la stipula del contratto (interesse negativo): cfr. in tema A. PLAIA, *Risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno*, in *N. giur. civ. comm.*, 2024, 43 ss. Le sezioni unite sono da ultimo intervenute sul punto, aderendo alla tesi dell'interesse positivo: v. Cass., sez. un., 25 febbraio 2025, n. 4892: «Il diritto del locatore a conseguire, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno da mancato guadagno a

2170 Da questo punto di vista, la possibilità che il creditore venga a trovarsi, mediante il ristoro dei danni,
2171 nella stessa situazione in cui sarebbe stato se non avesse contrattato, viene ricollegata alle
2172 conseguenze proprie del rimedio risolutorio il quale, salvo il caso di contratti ad esecuzione periodica
2173 e continuata, determina la caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto. La retroattività del rimedio
2174 laddove pone le parti nella stessa situazione esistente prima della contrattazione giustifica, secondo
2175 questa impostazione, un risarcimento diretto a ricostituire esclusivamente la situazione patrimoniale
2176 anteriore alla stipulazione del contratto, impendendo perciò al creditore di incamerare a titolo di
2177 risarcimento l'insieme delle utilità che avrebbe tratto dall'adempimento³⁶.

2178 Sotto altro profilo, la possibilità che il contraente opti per il risarcimento dell'interesse negativo in
2179 via alternativa a quello positivo è argomentata dal fatto che la risoluzione del contratto causata
2180 dall'inadempimento rende inutili le spese che il contraente deluso ha sostenuto in vista della
2181 contrattazione e della sua esecuzione, con la conseguenza che il danno non deriva dal mancato
2182 adempimento della prestazione in quanto tale, ma dall'aver reso superfluo l'impegno economico
2183 profuso per il corretto svolgimento dell'operazione³⁷.

2184 **2.2.2 Le conseguenze pratiche volte alla risarcibilità dell'interesse negativo**

2185 Al di là dei profili squisitamente teorici, occorre verificare le conseguenze pratiche di un'opzione
2186 volta al risarcimento dell'interesse negativo.

2187 L'interesse negativo ricomprende, innanzitutto, le spese sostenute per la conclusione del contratto,
2188 per l'adempimento della propria prestazione e per l'utilizzazione della prestazione attesa.

2189 Solitamente queste voci di danno sono ricomprese nell'interesse positivo.

2190 Tuttavia, se il contratto è diretto alla soddisfazione di interessi non patrimoniali l'inadempimento non
2191 è apprezzabile in termini di saldo patrimoniale con la conseguenza che l'interesse positivo risulta
2192 indimostrabile.

2193 *Es. Si pensi all'esempio della festa in cui non si presenta l'orchestra che doveva allietare gli invitati,*
2194 *di cui ci parlano sia Rudolf Jhering sia i giuristi; o al caso ormai desueto – ma davvero*
2195 *paradigmatico nella giurisprudenza di molti ordinamenti – della vendita di una pellicola fotografica*
2196 *difettosa che impedisce di serbare traccia d'un evento lieto e non replicabile, almeno con le stesse*
2197 *persone, come un matrimonio.*

2198 In tali casi, la facilità di prova dell'interesse negativo potrebbe far propendere per una sua risarcibilità.
2199 Lo stesso discorso vale nel caso quando il riferimento ai valori del patrimonio, in presenza o assenza
2200 dell'adempimento, risulta essere di difficile o impossibile prova.

causa della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore non viene meno, di per sé, in seguito alla restituzione del bene locato prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede, normalmente, la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo l'apprezzamento del giudice delle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona fede e restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.».

³⁶ Parte della dottrina, invece, argomenta la risarcibilità dell'interesse negativo in caso di risoluzione dal combinato disposto degli artt. 1479, 1483, 1493 c.c., Cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1976, 643. Si può dubitare, però, sulla valenza generale di tali norme idonea a fondare un principio generale di risarcibilità dell'interesse negativo in caso di risoluzione.

³⁷ A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Artt. 1453 – 1454, Bologna, 1990, 382. In senso critico v. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 645, nonché le considerazioni di G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 940.

2201 Altra voce dell'interesse negativo è data dalle mancate occasioni di guadagno, le quali vengono
 2202 trascurate in quanto, il creditore ripone un affidamento sul fatto che la prestazione sia adempiuta e
 2203 quindi sia soddisfatto il suo interesse.

2204 In tale caso, accordare al creditore la scelta tra risarcimento dell'interesse positivo e interesse negativo
 2205 comporta per il creditore un indebito vantaggio costituito dalla possibilità di sommare le utilità
 2206 derivanti dalla conclusione del contratto inadempito e dalla mancata conclusione del contratto.

2207 *Es. Si pensi ad una vendita ad esecuzione differita con prezzo convenuto pari a 100, valore di mercato*
 2208 *della prestazione al momento della consegna pari a 120 e valore nelle more (tra stipulazione e*
 2209 *termine per l'esecuzione) pari ad 80.*

2210 *In caso di inadempimento, l'interesse positivo ammonta a 20, ossia alla differenza tra prezzo*
 2211 *convenuto (100) e prezzo di mercato al momento della consegna (120). L'interesse negativo, invece,*
 2212 *è pari a 40, ossia alla differenza tra prezzo di mercato al momento della consegna (120) e prezzo*
 2213 *dell'occasione perduta, ossia reperire sul mercato il bene ad un prezzo inferiore (80)³⁸.*

2214 *Ora, il creditore opterà per il risarcimento dell'uno o dell'altro a seconda della misura*
 2215 *dell'oscillazione del prezzo, se questo sarà superiore a quello pattuito egli opterà per il risarcimento*
 2216 *dell'interesse positivo, se invece risulterà inferiore sceglierà il risarcimento dell'interesse negativo,*
 2217 *in quanto più consistente.*

2218 *La scelta produce risultati economici irrazionali perché consentirebbe al creditore di avvantaggiarsi*
 2219 *rispetto alle diminuzioni del prezzo, rimanendo al contempo coperto il rischio in caso di incremento,*
 2220 *con la conseguenza che sarebbero ingiustificatamente sommati i vantaggi derivanti da stipulazione*
 2221 *e dalla non stipulazione del contratto.*

2222 Le considerazioni che precedono inducono ad escludere l'ammissibilità di un risarcimento
 2223 dell'interesse negativo *tout court*.

2224 Tuttavia, laddove il contratto sia diretto alla soddisfazione di interessi non patrimoniali o non sia
 2225 possibile dimostrare l'ammontare dell'interesse positivo, riferirsi all'interesse negativo appare
 2226 giustificato perché consente al creditore la refusione dei costi sostenuti in funzione dell'adempimento
 2227 ³⁹.

2228 **2.1.4.5 Le restituzioni.**

2229 Alla scelta di considerare risarcibile l'interesse positivo o l'interesse negativo si accompagnano, in
 2230 ogni caso, una pluralità di interrogativi⁴⁰:

2231 i) se le restituzioni debbano essere considerate quale addendo nel risarcimento;

2232 ii) quale (*de*)computo debba essere fatto dei frutti;

2233 iii) se il danneggiato possa chiedere di vedersi attribuiti anche i profitti che il debitore
 2234 inadempiente ha conseguito (secondo il modello americano del *disgorgement*⁴¹).

2235 i) Procedendo per ordine, le restituzioni delle prestazioni rese o la liberazione del creditore
 2236 dall'obbligo di prestare sono effetti naturali della risoluzione in quanto, sciogliendosi il contratto,
 2237 viene meno il titolo giustificativo del trasferimento di ricchezza. La restituzione del corrispettivo

³⁸ L'esempio è tratto da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 100.

³⁹ V. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 938.

⁴⁰ Su cui v. in particolare G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 893 ss.; A. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 19 ss.

⁴¹ Sull'argomento v. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

2238 incide sulla quantificazione del risarcimento dell'interesse positivo che varia in caso di manutenzione
 2239 del contratto o di sua risoluzione.

2240 *Es. Immaginiamo un valore della prestazione pari a 1100 cui è connesso un lucro di 300 in caso di*
 2241 *adempimento e un valore della controprestazione pari a 1000.*

2242 *Se il creditore opta per l'azione di adempimento, egli è tenuto ad eseguire la propria prestazione, e*
 2243 *avrà diritto al risarcimento del danno pari al valore della prestazione dovuta (1100) più lucro*
 2244 *cessante (300), per un totale di 1400 un guadagno netto di 400.*

2245 *Se, invece, opta per la risoluzione, il risarcimento deve essere ridotto di una misura pari al valore*
 2246 *della sua prestazione che non è più tenuto a compiere o, se già effettuata, che gli sarà restituita.*
 2247 *Tornando all'esempio, il creditore non avrà diritto a 1400, ma solo a 400 e, cioè, alla differenza tra*
 2248 *risarcimento in caso di manutenzione del contratto (1400) e valore della prestazione corrispettiva*
 2249 *(1000)⁴².*

2250 ii) L'incidenza della restituzione sul *quantum debeatur* non è in discussione. Le incertezze sorgono,
 2251 in realtà, in merito ai frutti e agli interessi maturati sulle prestazioni eseguite prima della pronuncia
 2252 di risoluzione⁴³. In linea generale, in applicazione delle norme generali sull'indebito (2033 c.c.), la
 2253 prestazione viene restituita maggiorata degli interessi maturati con decorrenza dalla data di
 2254 pagamento⁴⁴.

2255 *Es. Se il contraente deluso ha eseguito una prestazione di 1000 il 31/1 ed il successivo 30/6 domanda*
 2256 *la risoluzione del contratto egli avrà diritto alla restituzione degli interessi maturati dal 31/1 (data*
 2257 *del pagamento) al 30/6 (data della domanda giudiziale).*

2258 iii) Anche la riduzione del prezzo comporta un meccanismo non diverso da quello sin qui descritto.

2259 Ove la prestazione sia stata solo parzialmente eseguita il creditore può scegliere di esercitare, oltre
 2260 all'azione di esatto adempimento e di risoluzione, anche l'azione *quanti minoris* quando, ad es.,
 2261 l'inadempimento non sia grave e non vi sia interesse al completamento della prestazione⁴⁵.

2262 La riduzione del prezzo, al pari della risoluzione, comporta una restituzione del corrispettivo pagato
 2263 in eccesso, con conseguenze sull'ammontare del risarcimento.

2264 *Es. Se un bene viene venduto al prezzo di 1000, ma il suo valore di mercato è di 1200, e al momento*
 2265 *della consegna i vizi determinano un valore di soli 600, il prezzo ridotto del 50% esclude che il*
 2266 *creditore debba pagare 500 o, se già ha pagato, impone la restituzione di 500. In questo caso, il*
 2267 *risarcimento dell'interesse positivo è pari a 600 perché se il bene fosse stato esente da vizi il creditore*
 2268 *avrebbe conseguito un'utilità pari a 1200, ma il danno che residua dopo la riduzione è pari a 100,*
 2269 *ossia alla differenza tra valore di mercato del bene difettoso (600) e corrispettivo ridotto (500).*

2270 *Se, invece, il prezzo convenuto è superiore al prezzo di mercato, è escluso che residui un danno a*
 2271 *seguito della riduzione del prezzo. Si pensi al caso in cui un bene venga venduto per 1000, il cui*
 2272 *prezzo di mercato si 800 e, al momento della consegna, presenta vizi tali che rendono il suo valore di*
 2273 *mercato pari a 400. Il danno, dunque, ammonta a 400, perché se il contratto fosse stato correttamente*
 2274 *adempiuto l'interesse positivo, ai valori di mercato, sarebbe stato 800. In tale caso, la riduzione del*
 2275 *prezzo convenuto del 50% determina il diritto per il compratore ad ottenere 500, cioè una somma*
 2276 *superiore della voce di danno commisurata al valore di mercato della prestazione difettosa⁴⁶. Ne*

⁴² Entrambi gli esempi sono tratti da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 92.

⁴³ Sulle varie teorie in argomento v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 944 ss.

⁴⁴ G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 944.

⁴⁵ V., ad es., art. 1492 c.c. in tema di compravendita e art. 1668 c.c. in tema di appalto.

⁴⁶ Entrambi gli esempi sono tratti da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 97.

2277 consegue che la restituzione del prezzo ridotto – in caso di sovrapprezzo rispetto al valore di mercato
 2278 del bene – ha effetto assorbente rispetto all’ammontare del danno.

2279 iv) Ulteriore profilo è quello dell’arricchimento illegittimo che il debitore consegue in virtù
 2280 dell’inadempimento.

2281 L’arricchimento del debitore, in particolare, può consistere nel risparmio dei costi necessari per
 2282 adempiere o nel lucro derivante dalla conclusione di operazioni incompatibili con l’esecuzione della
 2283 prestazione. Tale eventualità induce a chiedersi se il risarcimento possa essere commisurato al solo
 2284 arricchimento, nel caso in cui questo sia inferiore all’interesse positivo, o anche all’arricchimento,
 2285 laddove questo sia superiore all’interesse positivo.

2286 Nel primo caso, la dottrina ha evidenziato come non vi siano ragioni per limitare il risarcimento al
 2287 profitto del debitore in quanto, oltre alle difficoltà probatorie, commisurare il risarcimento a tale
 2288 valore significherebbe rendere per il debitore indifferente adempiere o non adempiere, mentre la
 2289 responsabilità deve svolgere una funzione di incentivo all’adempimento proporzionata alla misura
 2290 dell’interesse positivo⁴⁷.

2291 Nel secondo caso, del pari, si esclude la possibilità per il creditore di conseguire somme maggiori
 2292 rispetto a quelle di per sé già sufficienti alla realizzazione del suo interesse.

2293 Queste premesse trovano accoglimento nel dato positivo: l’art. 1218 c.c., infatti, limita il risarcimento
 2294 al solo danno subito dal creditore⁴⁸.

2295 Detto allora che nel nostro ordinamento non esiste un generale rimedio recuperatorio degli
 2296 arricchimenti ingiusti⁴⁹, il problema si accentua qualora venga leso non un bene materiale ma un
 2297 diritto che abbia ad oggetto un bene “immateriale” da cui si traggono utili. A essere leso è quindi il
 2298 correlativo potere di disposizione della cosa come avviene in tutti i casi in cui vi è una “ingerenza”
 2299 giuridica nel diritto altrui. Sul punto, nell’ambito della proprietà industriale, è previsto un rimedio *ad*
 2300 *hoc*.

2301 Si allude all’art. 125, comma 3, del D. lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale). A fronte
 2302 della lesione consistente nell’ingerenza nel potere di disposizione, il legislatore non si è limitato ad
 2303 annoverare «i benefici» realizzati dal contraffattore tra gli elementi di quantificazione del danno
 2304 risarcibile (art. 125, comma 1, c.p.i.), ma ha altresì introdotto, con una apposita disposizione di
 2305 chiusura, la regola per cui «in ogni caso» il titolare del diritto leso possa chiedere «la restituzione
 2306 degli utili realizzati dall’autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante, o
 2307 nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento» (art. 125, comma 3, c.p.i.). Si prevede, dunque,
 2308 accanto all’azione di risarcimento del danno una azione alternativa e complementare di restituzione
 2309 degli utili di natura non risarcitoria.

⁴⁷P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 105.

⁴⁸ Devono essere segnalati, però, l’art. 2391, comma 5, c.c. che nei rapporti d’impresa riconosce il *disgorgement*, imponendo la restituzione delle opportunità dell’impresa che l’amministratore abbia sfruttato in proprio; e l’art. 125 del cod. prop. ind. ai sensi del quale «il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall’autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento».

⁴⁹ A tal fine si rileva inadeguato innanzitutto il rimedio aquiliano previsto dal nostro sistema come rimedio generale contro gli illeciti il quale però, avendo una funzione compensativa ed essendo incentrato sull’ottica della vittima – e non dell’autore –, non consente di perseguire gli arricchimenti ingiusti restando all’autore l’arricchimento eccedente il depauperamento. Inadeguata appare altresì l’azione generale di ingiustificato arricchimento di cui all’art. 2041 c.c. la quale, oltre ad avere carattere sussidiario, operando in presenza di un illecito il rimedio risarcitorio, consente alla vittima, sempre in ottica compensativa, di recuperare l’arricchimento ingiustificato – vale a dire senza titolo e quindi senza una giustificazione causale – solo nei limiti del depauperamento con la conseguenza anche qui che l’arricchimento eccedente il depauperamento resta all’autore del danno.

2310 Nella giurisprudenza pratica, con l'avallo della dottrina industrialistica, questa misura viene
2311 considerata espressione di «regole speciali, dettate più da valutazioni pratiche che da esigenze di
2312 coerenza dogmatica»⁵⁰, e dunque non riconducibile ad istituti del diritto privato comune. Si tratta
2313 quindi di una tecnica di tutela autonoma rispetto a quella del risarcimento del danno che, proprio in
2314 quanto fondata una *causa petendi* diversa, è invocabile dal soggetto leso da una condotta obiettiva di
2315 contraffazione anche al di fuori dei casi in cui lo stato soggettivo del danneggiante integri gli estremi
2316 del dolo o della colpa, fondanti la responsabilità disciplinata ai primi 2 commi dell'art. 125 c.p.i.⁵¹

2317 Alla luce della peculiarità dell'intervento legislativo, nel diritto applicato la disposizione dell'art. 125,
2318 comma 3, c.p.i. viene dunque ritenuta insuscettibile di applicazione analogica ai casi di violazioni
2319 diverse, come in primo luogo quelle aventi ad oggetto privative su opere dell'ingegno⁵².

2320 Sebbene la più autorevole dottrina civilistica abbia nel tempo elaborato diverse teorie astrattamente
2321 capaci di qualificare la retroversione dei profitti illecitamente ottenuti dal contraffattore quale
2322 espressione di principi generali del sistema privatistico⁵³, nel settore del diritto d'autore risulta quindi
2323 formalmente assente un autonomo rimedio restitutorio degli utili del contraffattore, che nei testi
2324 normativi sono richiamati quali elementi rilevanti esclusivamente nell'applicazione di tutele di
2325 matrice risarcitoria, come parametri di stima, al limite equitativa, del danno risarcibile, specie nella
2326 componente del lucro cessante (v. art. 158, comma 2, l. n. 633/1942, Legge sulla protezione del diritto
2327 d'autore)⁵⁴.

2328 2.1.4.6. Adempimento in forma specifica

2329 Nel caso in cui il creditore, dinanzi all'inadempimento del debitore, opti per il mantenimento del
2330 contratto, l'art. 1453 c.c. non esclude la possibilità per lo stesso di domandare il risarcimento del
2331 danno.

2332 Nell'ipotesi di manutenzione del contratto la pretesa risarcitoria non diverge da quella esperibile ai
2333 sensi dell'art. 1218 c.c. Da questo punto di vista, la dottrina ha evidenziato come il primo comma
2334 dell'art. 1453 c.c. costituisca una mera norma di rinvio non avendo un contenuto precettivo suo
2335 proprio⁵⁵.

2336 Da ciò deriva che, vertendosi in ipotesi di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1223 c.c. il
2337 creditore ha diritto alla corresponsione di una somma pari alla perdita subita e al mancato guadagno.

⁵⁰ Così M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 199; analogamente, DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 212 ss.; e v. Trib. Milano, 18 luglio 2017, n. 8066, in *AIDA*, 2018.

⁵¹ App. Bologna, 2 febbraio 2016, in *GADI*, 2016, n. n. 6382; Trib. Milano, 11 marzo 2016, in *GADI*, 2016, n. 6397; M. BARBUTO, *Il risarcimento del danno da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 195 s.

⁵² Trib. Milano, 18 luglio 2017, n. 8066, in *AIDA*, 2018: «[a] fronte di un'accertata violazione del diritto d'autore, non può essere applicato a favore del titolare l'autonomo il rimedio della retroversione degli utili conseguiti dal contraffattore, così come previsto dal terzo comma dell'art. 125 c.p.i., stante il diverso tenore dell'art. 158 l.a.»

⁵³ Per una rassegna, v. F. MEZZANOTTE, *Responsabilità da lesione della proprietà intellettuale. Risarcimento e restituzioni*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2019, 2765 ss.

⁵⁴ Da questo punto di vista, tali componenti si distinguono rispetto agli «utili realizzati dall'autore della violazione» di cui all'art. 125, comma 3, c.p.i.: mentre questi ultimi sono «suscettibili di reversione», i primi sarebbero considerati dalla legge al solo scopo di determinare «il danno effettivo»: così, G. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, 12; e v. pure E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ.*, 2019, 23: «a fronte della difficoltà di ricostruire il lucro cessante rispetto ad una condizione di mercato del tutto ipotetica, il riferimento agli utili del danneggiante, che ha usurpato quella posizione di mercato, può ritenersi sempre un indice di riferimento in contesti analoghi».

⁵⁵ A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca, Artt. 1453 – 1454*, 119. Cfr. anche G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 951.

2338 L'equivalente, quindi, dovrà porre il creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato se
 2339 l'inadempimento non si fosse verificato.

2340 Non vi sono dubbi, a differenza di quanto accade in caso di azione di risoluzione, che in caso di azione
 2341 di manutenzione il contraente fedele abbia diritto al risarcimento dell'interesse positivo.

2342 Il *quantum* della pretesa risarcitoria, quindi, deve essere ancorato alla differenza tra la situazione
 2343 patrimoniale che sarebbe venuta ad esistenza in caso di esatto adempimento e situazione patrimoniale
 2344 esistente al momento della tardiva esecuzione del contratto.

2345 In questa prospettiva, occorre considerare che il creditore domandando l'adempimento riceverà,
 2346 seppur in ritardo, l'utilità originariamente pattuita. Ne consegue che il danno non potrà essere
 2347 commisurato complessivamente all'interesse positivo ma alla differenza tra quest'ultimo e l'utilità
 2348 ricevuta in forza della condanna.

2349 Il danno, dunque, risulta normalmente pari ai danni dovuti al ritardo nell'adempimento⁵⁶.

2350 *Es. Immaginiamo che Tizio abbia diritto alla consegna di un certo quantitativo di merci con valore*
 2351 *pari a 100; che è pattuito il 31/1 come termine per l'adempimento; che il debitore non adempia*
 2352 *spontaneamente e venga convenuto in giudizio per l'adempimento; che al momento*
 2353 *dell'adempimento la merce sia diminuita di valore per 10. Il danno da ritardo si può sintetizzare così:*
 2354 *se Tizio avesse conseguito la prestazione il 31/1 avrebbe rivenduto la merce per 120, mentre*
 2355 *ricevendola solo il 30/6 la può rivendere solo a 110; inoltre la merce si è deprezzata perché al 30/6*
 2356 *vale solo 90. In tal caso il danno è pari a $120 - 90 = 30$, ossia alla differenza tra interesse positivo*
 2357 *(120) e utilità ricevuta (90).*

2358 Nel caso in cui, invece, la prestazione nelle more divenga impossibile per causa imputabile al debitore
 2359 oppure l'esecuzione forzata risulti infruttuosa, considerata l'impossibilità materiale di procedere
 2360 all'adempimento in forma specifica, il creditore avrà diritto anche all'intero valore della prestazione
 2361 mancata oltre ai danni da ritardo.

2362 *Es. Continuando l'esempio precedente, se la merce perisce per causa imputabile al debitore di tal*
 2363 *guisa che la consegna non può essere effettuata, il risarcimento del danno cui Tizio ha diritto è pari*
 2364 *ad un equivalente monetario $100 + 20 = 120$, ossia alla somma tra valore della prestazione al 31/1*
 2365 *(100) e lucro cessante conseguibile in caso di tempestivo adempimento (20).*

2366 Lo stesso metodo deve essere applicato ai casi in cui il debitore adempia in modo inesatto da un punto
 2367 di vista qualitativo o quantitativo.

2368 Ove il creditore riesca ad ottenere il completamento o il perfezionamento della prestazione, il
 2369 risarcimento non potrà che ricomprendere solo i danni da ritardo.

2370 Se, invece, il creditore non riesca a ottenere nulla oltre all'adempimento parziale, egli, oltre al danno
 2371 da ritardo, avrà diritto ad ottenere un equivalente pari all'utilità che avrebbe ricevuto in caso di esatta
 2372 prestazione⁵⁷.

2373 **2.1.4.6. Risarcimento in forma specifica**

2374 In alternativa al risarcimento per equivalente, nonostante la collocazione sistematica dell'art. 2058
 2375 c.c., la dottrina prevalente ritiene che anche il contraente deluso possa ottenere il risarcimento del
 2376 danno in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

⁵⁶ Cfr. A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 120.

⁵⁷ V. A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 122.

2377 Tale forma di reintegrazione del patrimonio del danneggiato non deve essere confusa con l'esecuzione
2378 forzata in forma specifica (art. 2930 e ss. c.c.) che riguarda le modalità forzose di attuazione del
2379 diritto, né con l'azione di esatto adempimento che è diretta ad ottenere una condanna del debitore
2380 all'esecuzione della prestazione dovuta e, quindi, alla formazione di un titolo esecutivo.

2381 Il risarcimento in forma specifica, invero, «è pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di
2382 reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione *diversa e succedanea* rispetto
2383 al contenuto del rapporto obbligatorio»⁵⁸.

2384 *Es. Se il creditore per ovviare all'inadempimento sopporta delle spese per la riparazione del bene*
2385 *viziato, il loro rimborso è considerato come risarcimento in forma specifica.*

2386 Mentre il risarcimento per equivalente consiste nella corresponsione di una somma di denaro
2387 parametrata al valore del bene più l'ipotetico lucro cessante, quello in forma specifica si concreta nel
2388 ripristino materiale della situazione che sarebbe esistita se il rapporto obbligatorio fosse stato
2389 correttamente adempiuto, oppure nel dare la somma di denaro necessaria a tale ripristino. Da questo
2390 punto di vista, il rimedio in parola non si esaurisce nel mero ripristino per equivalente della situazione
2391 *quo ante*, in quanto è volto a realizzare, nel patrimonio del creditore, la situazione 'materiale' che si
2392 sarebbe avuta in assenza della violazione del rapporto obbligatorio. Dunque, anche con il risarcimento
2393 in forma specifica al danneggiato deve essere garantita la stessa utilità economica che avrebbe
2394 conseguito se l'inadempimento non si fosse verificato.

2395 *Es. A seguito della consegna di un macchinario industriale di valore pari a 100, i cui difetti lo rendano*
2396 *pari a 80, il compratore che opti il risarcimento in forma specifica ha diritto alla riparazione del*
2397 *bene in modo tale che, a seguito della riparazione, il bene abbia il valore 100, ossia quello*
2398 *originariamente pattuito.*

2399 La scelta del creditore insoddisfatto tra la tutela specifica e quella per equivalente⁵⁹, incontra il limite,
2400 espressamente sancito dal secondo comma dell'art. 2058 c.c., dell'eccessiva onerosità della
2401 reintegrazione per il debitore.

2402 La reintegrazione diviene tale quando il debitore è chiamato a sopportare un sacrificio economico che
2403 supera, in maniera del tutto sproporzionata, il valore da corrispondere se il risarcimento fosse per
2404 equivalente. Sussiste l'eccessiva onerosità quando «il costo della reintegrazione in natura supera
2405 largamente il margine di diminuzione del valore del bene leso»⁶⁰.

2406 La domanda volta ad ottenere la tutela ex art. 2058 c.c., non esclude che il creditore possa domandare
2407 anche la tutela per equivalente dei danni che in via diretta non sia stato possibile rimuovere.

2408 *Es. La consegna di un macchinario difettoso impedisce, fintanto che la riparazione non venga*
2409 *eseguita, di avviare la produzione. In tal caso il creditore ha diritto anche ai danni derivanti dalla*
2410 *temporanea inutilizzabilità del bene.*

2411 Tale ultima possibilità induce a valutare la sussistenza o meno di una gerarchia tra le due forme di
2412 risarcimento. Invero, ricostruire il risarcimento in forma specifica come forma di reazione
2413 all'inadempimento alternativa rispetto al risarcimento per equivalente impone di considerare i
2414 rapporti che intercorrono tra i due modelli.

⁵⁸C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 186.

⁵⁹ Si discute in dottrina se tra i due rimedi sussista una gerarchia oppure se il creditore possa operare la scelta tra le due forme di tutela semplicemente sulla base di ragioni di opportunità. In argomento v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, 1969.

⁶⁰G. CHINÈ – M. FRATINI – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, 2427 ove si fa l'esempio classico del bene danneggiato il cui costo di riparazione è di gran lunga superiore a quello di mercato del bene medesimo.

2415 Secondo una prima impostazione il risarcimento in forma specifica deve essere preferito perché è
2416 interesse precipuo del creditore quello di eliminare le conseguenze del danno attraverso un ripristino
2417 materiale del suo patrimonio e non attraverso un surrogato del bene leso pari al suo equivalente in
2418 denaro.

2419 Secondo altra impostazione⁶¹, invece, il primato del risarcimento per equivalente si giustifica:

- 2420 a) da un lato dalla formulazione letterale dell'art. 2058 ai sensi del quale la tutela in forma specifica
2421 può essere solo richiesta qualora sia possibile e non risulti, in ogni caso, eccessivamente onerosa
2422 e
2423 b) dall'altro, perché in una logica di mercato ogni bene può essere stimato ad un valore di scambio
2424 espresso in denaro.

2425 Da questo punto di vista, considerata la funzione compensativa del risarcimento del danno si ritiene
2426 che il risarcimento per equivalente, funzionale a soddisfare il c.d. valore di scambio della prestazione
2427 mancata, sia l'unico in grado di reintegrare sempre integralmente il patrimonio del danneggiato⁶².

2428

2429 2.1.5. La componente del danno risarcibile

2430 Il danno, quale effetto economico negativo che si produce nel patrimonio del creditore in seguito
2431 all'inadempimento della prestazione, è composto:

- 2432 • dalle perdite subite (danno emergente) e
2433 • dal mancato guadagno (lucro cessante).

2434 È opportuno osservare che, a prescindere dalla curva di indifferenza sulla quale collocare il
2435 danneggiato a seguito del risarcimento (interesse positivo o negativo), il danno comprenderà sempre
2436 tanto il danno emergente, quanto il lucro cessante.

2437 Come la dottrina ha avuto modo di precisare, invero, interesse negativo e interesse positivo sono
2438 semplicemente delle «formule descrittive del contenuto economico della tutela risarcitoria»⁶³, ossia
2439 delle tecniche di quantificazione del danno rilevanti a seconda della funzione da attribuire al
2440 risarcimento, e cioè riportare il danneggiato nella posizione in cui sarebbe dovuto essere in caso di
2441 esatta esecuzione della prestazione o in quella in cui sarebbe stato se non avesse contrattato.

2442 A conferma del fatto che la norma 1223 c.c. non ha valore precettivo, la distinzione tra danno
2443 emergente e lucro cessante ha solo valore descrittivo in quanto l'ordinamento è ispirato al principio
2444 di integrale riparazione del danno.

2445 Sotto il profilo della quantificazione, quindi, il danno è un fenomeno da apprezzarsi in termini
2446 tendenzialmente unitari.

2447

⁶¹ Tra gli altri, C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 272; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 263.

⁶² V. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 279 il quale parla di supremazia di fatto del risarcimento per equivalente.

⁶³ LUMINOSO A., *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, 802.

2448 **2.1.5.1. Il danno emergente**

2449 Il danno emergente, secondo la definizione dell'art. 1223 c.c., consiste nella «perdita subita» dal
2450 creditore, intesa quale diminuzione del suo patrimonio che non si sarebbe verificata se il debitore
2451 avesse correttamente adempiuto o il danneggiante non avesse posto in essere la condotta illecita.

2452 *Es. In caso di mancato conseguimento della prestazione (inadempimento definitivo) il danno*
2453 *emergente è costituito dal valore economico della prestazione che è calcolato, tenendo conto del*
2454 *prezzo di mercato della stessa.*

2455 *Se il creditore, però, provvede ad un acquisto sostitutivo il danno è rappresentato dal costo effettivo*
2456 *del bene equivalente. In caso di risoluzione, a norma dell'art. 1518 c.c., invece, occorre fare*
2457 *riferimento alla differenza tra prezzo contrattuale e maggior prezzo di mercato, salva la prova del*
2458 *maggior danno.*

2459 *In caso di consegna di un bene viziato (inadempimento inesatto) il danno emergente è rappresentato*
2460 *dal difetto del bene o dalla mancanza di qualità della prestazione. Si discute se, in tali casi, per la*
2461 *valutazione del danno ci si debba riferire al minor valore di mercato del bene o al costo da sostenere*
2462 *per l'eliminazione dei difetti. I due criteri solitamente portano allo stesso risultato, ma possono*
2463 *divergere se il creditore assegna alla prestazione un valore soggettivo di guisa che i costi di*
2464 *completamento sono superiori al minor valore della prestazione. In linea generale, può dirsi che il*
2465 *riferimento ai costi di adeguamento è possibile quando non comporti una spesa eccessivamente*
2466 *gravosa.*

2467 *Nell'ipotesi di adempimento tardivo, il danno emergente si concreta nel temporaneo impedimento del*
2468 *godimento di un bene. Il danno, in tal caso, è valutato tenendo conto del valore di mercato del*
2469 *mancato godimento che è rappresentato dal canone di locazione della cosa.*

2470 *Sono ipotesi di danno emergente le prestazioni che il creditore deve rendere a terzi a causa*
2471 *dell'inadempimento come la corresponsione di interessi ad un istituto di credito o il risarcimento del*
2472 *danno dovuto ad un terzo.*

2473 *Ancora, sono voci di danno emergente le spese che il creditore deve sostenere a causa*
2474 *dell'inadempimento quali le spese necessarie per la riparazione del bene difettoso o per la tutela del*
2475 *credito. Tra le spese vanno ricordate anche le spese sostenute per la conclusione del contratto e la*
2476 *sua esecuzione. Tale tipologia di spese è risarcibile sono nel caso in cui il creditore limiti il suo*
2477 *risarcimento all'interesse negativo.*

2478 Il danno emergente, quindi, costituisce una posta attiva del patrimonio del creditore, comprendendo
2479 tutti i beni materialmente esistenti in esso e quelli sui quali, seppur non ancora esistenti
2480 concretamente, quest'ultimo ha maturato il diritto di conseguirli.

2481

2482 **2.1.5.2. Il lucro cessante**

2483 Il lucro cessante, al pari del danno emergente, è contemplato dall'art. 1223 c.c. il quale lo definisce
2484 sinteticamente nella formula «mancato guadagno».

2485 A differenza del danno emergente tale voce di danno non costituisce una posta attiva nel patrimonio
2486 del creditore venendo in considerazione in termini di arricchimento potenziale. Il lucro cessante,
2487 quindi, non è un bene esistente nel patrimonio del creditore nel momento in cui si verifica
2488 l'inadempimento, ma un valore che sarebbe venuto ad esistenza se il debitore avesse correttamente
2489 adempiuto.

2490 *Es. La mancata consegna di un bene determina un lucro cessante commisurato all'utilità*
2491 *conseguibile dallo stesso se consegnato nel termine contrattualmente previsto. Così se si tratta di un*
2492 *bene fruttifero il lucro cessante è costituito dal mancato conseguimento dei frutti. Se, invece, si tratta*
2493 *di un bene produttivo – l'imprenditore deve diminuire la produzione a causa del ritardo nella*
2494 *consegna di un macchinario – il lucro cessante si appunta intorno al mancato profitto*
2495 *ragionevolmente conseguibile.*

2496 *Es. L'inadempimento del promittente venditore determina l'impossibilità per il promissario*
2497 *acquirente, che ha interamente versato il prezzo, di rivendere il bene a terzi con cui stava trattando*
2498 *per la conclusione del contratto. In tale caso il lucro cessante corrisponde alla differenza tra il prezzo*
2499 *contrattuale e prezzo di mercato al momento della consegna.*

2500 *Es. Gli accordi di esclusiva conclusi da Alfa o il suo rifiuto di contrarre (c.d. pratiche escludenti)*
2501 *determinano per le concorrenti Beta, Gamma e Omega un lucro cessante consistente nel mancato*
2502 *incremento delle utilità attese, determinabile mediante un raffronto tra flussi di cassa attesi (in*
2503 *assenza di attività illecita) e flussi di cassa effettivi.*

2504 È evidente come, costituendo il lucro cessante una ricchezza futura e non attuale, la sua dimostrazione
2505 sia problematica⁶⁴.

2506 Sul punto, la giurisprudenza si accontenta di una dimostrazione in termini di ragionevole certezza,
2507 nel senso che, immaginando eseguita la prestazione dovuta, deve sussistere un elevato coefficiente di
2508 probabilità in ordine alla acquisizione di questa nuova ricchezza nel patrimonio del creditore.

2509 2.1.5.3. La perdita di chance

2510 L'utilità perduta a causa dell'inadempimento è costituita, non solo dal lucro cessante, ma anche dalla
2511 probabilità di ottenere un risultato favorevole.

2512 *Es. La mancata consegna della merce determina per la start-up Alfa l'impossibilità di produrre il*
2513 *bene Y e, di conseguenza, di presentarlo al concorso X per imprese emergenti e, quindi, di ottenere*
2514 *un riconoscimento che le avrebbe consentito di allargare la propria rete di clienti.*

2515 La perdita di una *chance*, dunque, ricorre quando l'inadempimento o l'illecito determinano «nuova
2516 situazione che faccia apparire meno probabile il conseguimento di utilità future»⁶⁵.

2517 Da questo punto di vista appare inutile discorrere in ordine alla qualificazione della *chance* in termini
2518 di posta attiva o posta potenziale del patrimonio del creditore, in quanto il concetto di *chance* rileva,
2519 piuttosto, sotto il profilo della quantificazione del danno⁶⁶.

⁶⁴ Da questo punto di vista, la dottrina che esclude la possibilità che il risarcimento sia volto a tutelare l'interesse negativo, rilevando che il lucro cessante costituisce la posta più ampia ma al contempo di più difficile dimostrazione, ripiega per il risarcimento del solo interesse positivo, il cui lucro cessante, se è vero che pone le medesime difficoltà probatorie, è altrettanto vero che il danno emergente è, tendenzialmente, più cospicuo perché direttamente ancorato al valore della prestazione inadempita. Cfr. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 938.

⁶⁵ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 145.

⁶⁶ La dottrina sul punto è sempre stata divisa. Alcuni riconducono la *chance* nell'ambito del lucro cessante rilevando come questa si concreti, in realtà, in un risultato che sarebbe stato certamente conseguito se il debitore avesse correttamente adempiuto. Considerato il lucro cessante alla stregua di un «vantaggio derivante dal bene oggetto delle situazioni soggettive tutelate dal diritto» la *chance* non viene considerata una probabilità di mero fatto, ma un vantaggio dipendente dal diritto del creditore alla prestazione. Secondo tale concezione, la *chance* si configura come un'occasione persa. V. F. MASTROPAOLO, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 12. Secondo altri, invece, la *chance*, costituisce un bene giuridico già attuale e presente nel patrimonio del danneggiato, la cui lesione configura la perdita (immediata) della possibilità di raggiungere un risultato e non un mero vantaggio futuro. In questi termini, la *chance* «non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale» che «non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo» così Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Dir. e giust.*, 2004, 38. Corollario

2520 Ciò che rileva, infatti, è la probabilità del danneggiato, in caso di utilizzazione della prestazione
 2521 inadempita o di assenza del comportamento dannoso, di raggiungere un determinato risultato
 2522 positivo. La *chance* è una perdita attuale di un miglioramento patrimoniale futuro.

2523 *Es. La società Alfa, produttrice del bene X, stipula con la società Beta un contratto di promozione e*
 2524 *sviluppo commerciale. Il contratto prevede in capo ad Alfa un impegno alla promozione e alla*
 2525 *pubblicizzazione del bene X ed in capo a Beta l'impegno ad aprire nelle regioni a, b e c delle filiali*
 2526 *destinate alla vendita e assistenza del bene X. Dopo l'apertura delle suddette filiali Alfa risulta*
 2527 *inadempiente rispetto alla sua obbligazione e Beta chiede, oltre alla risoluzione del contratto, anche*
 2528 *il risarcimento del danno.*

2529 *In tale ipotesi il danno subito da Beta è costituito, non solo dal danno emergente (pari ai costi*
 2530 *sostenuti per l'apertura delle filiali) e dal lucro cessante (pari ai flussi di cassi attesi per la*
 2531 *riparazione dei prodotti), ma anche dalla perdita di chances di allargare la rete di filiali oltre le*
 2532 *regioni in cui erano state originariamente aperte. L'adempimento della prestazione di Alfa, invero,*
 2533 *avrebbe determinato (probabilmente) una domanda del bene X e, conseguentemente, una necessità*
 2534 *di ampliamento della rete di vendita.*

2535 Ne consegue che, sotto il profilo dell'onere della prova, il creditore non deve dimostrare la
 2536 verifica del risultato in termini di assoluta certezza, essendo sufficiente la prova della probabilità
 2537 di raggiungere il risultato utile sperato. Il grado di probabilità, tuttavia, deve essere elevato in quanto
 2538 il risarcimento può ritenersi giustificato solo quando la *chance* abbia svolto «un ruolo effettivo nelle
 2539 aspettative e nella programmazione di chi ne lamenta la perdita»⁶⁷.

2540 Il criterio utilizzato per la quantificazione della *chance* perduta è quello del c.d. coefficiente di
 2541 riduzione alla stregua del quale prima si calcola il vantaggio economico complessivamente
 2542 realizzabile dal danneggiato e, poi, da tale valore si sottrae un *quantum* proporzionato al grado di
 2543 possibilità di realizzazione del vantaggio medesimo.

2544 *Es. Se in caso di adempimento corretto il creditore avrebbe conseguito un lucro di 1000, con una*
 2545 *probabilità pari al 80%, la chance persa consiste in 800.*

2546 **2.1.5.4. Il danno meramente patrimoniale**

2547 Il danno meramente patrimoniale o *pure economic loss* ricorre tutte le volte in cui l'inadempimento
 2548 del debitore determina una lesione dell'integrità patrimoniale del creditore.

2549 Con tale espressione, generalmente, si intende il danno all'integrità del patrimonio del creditore inteso
 2550 quale *autonomo* interesse della vita meritevole di ristoro.

2551 Lo studio del danno meramente patrimoniale negli ultimi anni ha interessato principalmente l'area
 2552 della responsabilità extracontrattuale e la clausola generale dell'ingiustizia del danno di cui all'art.
 2553 2043 c.c.

2554 Le indagini che la dottrina ha svolto in materia aquiliana sono giunte ad affermare l'esistenza del
 2555 diritto all'integrità del patrimonio.

di questa seconda impostazione – che riceve il favore della giurisprudenza maggioritaria – è che la domanda per il danno da perdita di *chance* non è compresa – come il meno sta nel più – nella domanda di risarcimento *tout court* dell'utilità finale andata perduta con l'inadempimento o con l'illecito, ma è una domanda autonoma da quest'ultima con la conseguenza che là dove il danneggiato abbia chiesto in giudizio il risarcimento dell'utilità, il giudice non potrà condannare il danneggiato per il danno da perdita di *chance* di conseguire quella stessa utilità (cfr. Cass., 29 novembre 2012, n. 21245).

⁶⁷P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 149.

2556 Tali indicazioni, però, in caso di inadempimento contrattuale non risultano strettamente rilevanti.

2557 Il risarcimento delle conseguenze immediate e dirette determinate dall'inadempimento presuppone,
2558 invero, l'esistenza di un contratto valido. L'indagine volta alla selezione delle conseguenze risarcibili
2559 necessita, a monte, di un giudizio sulla validità del titolo in forza del quale è dovuta la prestazione
2560 mancata.

2561 Se tale giudizio si conclude positivamente mediante l'accertamento di una causa lecita, l'indagine si
2562 sposta sulle conseguenze pregiudizievoli determinate dall'inadempimento senza la necessità di un
2563 ulteriore passaggio volto alla verifica di un "danno ingiusto".

2564 Ne consegue che l'affermata esistenza di un diritto all'integrità del patrimonio non aggiunge nulla
2565 alla risarcibilità delle conseguenze meramente patrimoniali in caso di inadempimento nella misura in
2566 cui in caso di inadempimento il patrimonio non viene in considerazione come autonomo bene
2567 giuridico meritevole di tutela.

2568 La perdita puramente economica rileva solo quale conseguenza della mancata o inesatta esecuzione
2569 della prestazione.

2570 *Es. L'investitore, che sulla base di una errata informazione fornitagli dall'intermediario finanziario,*
2571 *compie un'operazione di investimento svantaggiosa subisce una perdita puramente economica. In tal*
2572 *caso, il pregiudizio che si verifica nella sfera giuridica del creditore è definito danno meramente*
2573 *patrimoniale. Tale tipologia di pregiudizio si concreta pur sempre in una perdita patrimoniale in*
2574 *quanto determina una diminuzione del valore economico del patrimonio del danneggiato.*

2575 La pura perdita economica prescinde dalla lesione o distruzione di un bene. La diminuzione di valore
2576 del patrimonio avviene senza che un bene materiale sia distrutto o deteriorato⁶⁸. L'assenza di un bene
2577 materiale impedisce di commisurare il danno al valore del bene o al valore conseguibile attraverso il
2578 suo godimento.

2579 La perdita puramente economica può corrispondere ad una diminuzione quantitativa o qualitativa del
2580 patrimonio.

2581 *Es. Una diminuzione quantitativa ricorre quanto il creditore, a seguito di un'informazione inesatta,*
2582 *dispone di un proprio bene ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello normalmente attribuito a*
2583 *quel bene. In tal caso, il danno corrisponde al saldo negativo del patrimonio determinato dalla*
2584 *differenza tra prezzo di alienazione e prezzo normalmente conseguibile.*

2585 *Una diminuzione qualitativa ricorre, invece, quando un bene rimanga nel patrimonio del*
2586 *danneggiato, ma il suo valore di scambio diminuisce. Si pensi, ad es., al creditore che, assicurato*
2587 *sull'andamento di un determinato titolo, investa sullo stesso una determinata somma e*
2588 *successivamente il titolo crolli. In tal caso il creditore, che ha diritto ad una corretta informazione*
2589 *da parte dell'intermediario con cui negozia, subisce una perdita economica secca corrispondente*
2590 *alla differenza tra valore attuale del titolo e somma investita.*

2591 **2.1.5.5. Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale**

2592 Il programma negoziale solitamente è funzionale alla soddisfazione di un interesse economico del
2593 creditore.

2594 Tuttavia, la prestazione può essere diretta, anche o solo, alla realizzazione di un interesse non
2595 patrimoniale del creditore. In tale caso l'inadempimento determina conseguenze negative di carattere
2596 non patrimoniale nella sfera giuridica del contraente deluso.

⁶⁸M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 2.

2597 Il danno non patrimoniale, quindi, consiste nella lesione di interessi non economici, ossia non
2598 suscettibili di valutazione economica.

2599 In termini generali, la risarcibilità di un interesse non patrimoniale a seguito dell'inadempimento di
2600 un'obbligazione si fonda sull'art. 1174 c.c. il quale, dopo aver ricordato la necessità che la prestazione
2601 deve essere suscettibile di valutazione economica, aggiunge che essa «deve corrispondere ad un
2602 interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

2603 Nei rapporti che non vedano coinvolti imprenditori è normale, infatti, che il contraente attribuisca
2604 all'inadempimento un valore soggettivo maggiore rispetto al valore intrinseco della prestazione, non
2605 ancorabile ad un oggettivo valore di mercato.

2606 *Es. Un'ipotesi espressa di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale è costituita dal*
2607 *danno da vacanza rovinata che trova espresso riconoscimento nell'art. 46 del codice del turismo*⁶⁹.

2608 *Si pensi, ad es., all'inadempimento di un albergatore rispetto al contratto di soggiorno alberghiero.*
2609 *Il cliente, normalmente, attribuisce alla prestazione alberghiera un valore superiore al corrispettivo*
2610 *pagato per goderne. Tale valore soggettivo è stato definito surplus del consumatore*⁷⁰ *ed è*
2611 *quantificabile in una misura pari alla differenza tra il corrispettivo della prestazione e il prezzo che*
2612 *il cliente sarebbe disposto a pagare per rinunciare al contratto.*

2613 *In tali casi, se il cliente è in grado di procurarsi immediatamente una prestazione alternativa, non*
2614 *c'è ingresso per la risarcibilità di un danno non patrimoniale, perché quanto verrà liquidato a titolo*
2615 *di perdita patrimoniale è idoneo a ricomprendere anche il surplus del consumatore.*

2616 *Laddove, invece, l'acquisto sostitutivo non sia possibile si pone un problema di risarcibilità di*
2617 *interessi non patrimoniali i quali, anche se non ancorabili a valori di mercato, possono essere*
2618 *espressi in denaro secondo la suddetta differenza. Come è stato evidenziato il «surplus del*
2619 *consumatore fornisce un criterio che può orientare la valutazione: non ne consente un controllo*
2620 *preciso e oggettivo, ma può valere a suggerire limiti di ragionevolezza, minimi e massimi»*⁷¹.

2621 Anche nei rapporti imprenditoriali, tuttavia, è possibile che l'inadempimento sia foriero di danni non
2622 patrimoniali.

2623 *Es. In un contratto di somministrazione la mancata o ritardata fornitura dei beni da parte di Beta*
2624 *comporta per Alfa l'impossibilità di adempiere nei confronti dei terzi. Ciò determina per Alfa (non*
2625 *solo un danno patrimoniale commisurato al valore della prestazione inadempita e al lucro che*
2626 *avrebbe tratto dal corrispettivo della rivendita a terzi), ma anche un danno non patrimoniale che,*
2627 *sinteticamente, si può definire danno all'immagine o alla reputazione commerciale.*

2628 *Immaginiamo che Alfa abbia una solida posizione sul mercato e che i terzi siano soliti ricorrere al*
2629 *suo brand per serietà ed affidabilità. L'inadempimento della fornitura, cui consegue l'impossibilità*
2630 *presso terzi di eseguire le prestazioni promesse, è in grado di determinare una lesione dell'immagine*
2631 *che Alfa ha sul mercato.*

⁶⁹ L'art. 46, co. 1, del D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, così come riformato dal D.Lgs 21 maggio 2018 n. 6, prevede che «nel caso in cui l'inadempimento delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto non è di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il viaggiatore può chiedere all'organizzatore o al venditore, secondo la responsabilità derivante dalla violazione dei rispettivi obblighi assunti con i rispettivi contratti, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta».

⁷⁰ Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 119. V., anche, D. HARRIS, *Remedies in contract and tort*, London, 1988, 44.

⁷¹ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 143.

2632 *Es. La società Alfa, proprietaria di una nota catena di agriturismi di lusso, in vista della costruzione*
 2633 *di un nuovo polo alberghiero ha concluso un contratto di fornitura di materiale idraulico con la*
 2634 *società Beta. I beni forniti (filtri per il deflusso delle acque) si rivelano viziati e, conseguentemente,*
 2635 *inidonei a filtrare l'acqua delle numerose piscine presenti nella nuova struttura.*

2636 *La società Alfa riceve numerose lettere di lamentela da parte di affezionati clienti alcuni dei quali*
 2637 *minacciano anche azioni legali.*

2638 *La fornitura viziata determina, oltre ad un danno patrimoniale consistente nella perdita di clientela,*
 2639 *anche un danno alla reputazione commerciale di Alfa in considerazione del fatto che i consumatori*
 2640 *non ritengono la stessa più affidabile nel fornire determinati servizi alberghieri.*

2641 Il danno alla reputazione commerciale, dunque, è un danno non patrimoniale che si concretizza nel
 2642 discredito diffuso tra i consumatori circa l'affidabilità della società.

2643 Tale tipologia di danno, tuttavia, deve essere tenuta distinta dalla perdita di clientela che consegue
 2644 alla lesione della reputazione economica. Il danno da perdita della clientela, invero, è un danno
 2645 patrimoniale che deve essere provato mediante la produzione in giudizio delle scritture contabili
 2646 attestanti la diminuzione del volume d'affari. Esso pertanto rileva come lucro cessante.

2647 Il danno alla reputazione commerciale, invece, presuppone, ai fini del suo accertamento, la
 2648 sussistenza di presunzioni gravi, precise e concordanti, dalle quali possa evincersi l'effettiva
 2649 verifica del pregiudizio, ovverosia la diffusione nel mercato in cui opera la società di una sua
 2650 immagine negativa.

2651 La giurisprudenza, le rare volte in cui giunge al riconoscimento di tali conseguenze pregiudizievoli,
 2652 procede alla liquidazione del danno in via equitativa tenendo in considerazione diversi parametri quali
 2653 la grandezza dell'impresa, l'ampiezza della diffusione del discredito tra i consumatori, la gravità
 2654 dell'inadempimento provocato.

2655 **2.1.5.6. Danni indiretti**

2656 Il danno indiretto, o riflesso, si configura tutte le volte in cui un effetto economico negativo si verifica
 2657 non solo nel patrimonio del creditore, ma anche in quello di un soggetto "terzo" rispetto al rapporto
 2658 obbligatorio.

2659 Sebbene tale tipologia di danni trovi la sua sede naturale in tema di responsabilità extracontrattuale
 2660 dottrina e giurisprudenza, superando le originarie perplessità, sono giunte ad ammettere la possibilità
 2661 che il debitore risponda a titolo contrattuale nei confronti di un soggetto estraneo al rapporto
 2662 obbligatorio il quale, tuttavia, abbia un interesse concreto all'esatto adempimento della prestazione
 2663 in quel rapporto dedotta⁷².

2664 È ben possibile, infatti, che un soggetto che non sia titolare di un rapporto obbligatorio e sia, al
 2665 contempo, portatore di un interesse diretto all'adempimento, secondo lo schema generale del
 2666 contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.).

2667 *Es. Si pensi al contratto di appalto stipulato dall'impresa Alfa in virtù del quale l'appaltatore, a*
 2668 *fronte del pagamento del corrispettivo da parte della committente Beta, si obbliga alla costruzione*
 2669 *di un sito industriale in favore della società Gamma che, facendo affidamento su tale adempimento,*
 2670 *pone in essere investimenti specifici per l'inizio della produzione del bene X.*

⁷² Le ragioni per le quali il danno riflesso non trovava accesso nella responsabilità ex art. 1218 c.c. erano individuate, sostanzialmente, nel principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.) e nella rigorosa interpretazione dell'art. 1223 c.c., ai sensi del quale il risarcimento deve ricomprendere le sole conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento.

2671 *In tutti i casi in cui è ravvisabile tale schema l'inadempimento del debitore ingenera un danno nella*
2672 *sfera giuridica del terzo nella misura in cui egli ripone un affidamento sulla corretta esecuzione della*
2673 *prestazione.*

2674 L'interesse del terzo a ricevere direttamente la prestazione del debitore fa sorgere dunque, in capo a
2675 questi, una nuova ed autonoma posizione creditoria che, se lesa, merita ristoro in quanto
2676 eziologicamente connessa all'inadempimento.

2677 *Es. L'impresa Alfa stipula un contratto di fornitura con la società Beta la quale si obbliga ad eseguire*
2678 *la prestazione in favore dell'impresa Gamma. Quest'ultima, a fronte della mancata consegna della*
2679 *merce da parte di Beta, sebbene non sia parte del contratto è l'unica legittimata ad agire - con*
2680 *l'azione di risoluzione del contratto e di risarcimento danni - per ottenere la prestazione attribuitale.*
2681 *Il contratto, infatti, è idoneo a far acquisire a Gamma il diritto alla prestazione. Ritenere, pertanto,*
2682 *che il terzo ha un interesse diretto all'adempimento del contratto consente di superare le obiezioni*
2683 *sollevate in ordine all'art. 1223 c.c. proprio perché, come detto, la perdita subita dal terzo-creditore*
2684 *è causalmente connessa alla mancata esecuzione della prestazione dovuta*⁷³.

2685

2686 2.1.6 La determinazione del danno

2687 A seguito dell'inadempimento il creditore ha diritto ad ottenere, mediante il risarcimento, un'utilità
2688 equivalente a quella che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto regolarmente. Il
2689 danneggiato extracontrattuale, invece, ha diritto ad un'equivalente che sia in grado di ricostituire la
2690 situazione che sarebbe stata esistente in assenza dell'evento di danno.

2691 Ai fini dell'individuazione degli effetti negativi che è necessario rimuovere perché il creditore-
2692 danneggiato possa raggiungere tale obiettivo soccorrono alcune regole operative idonee a selezionare
2693 le conseguenze risarcibili.

2694 2.1.6.1 La causalità giuridica

2695 Ai fini della determinazione del danno, invero, l'art. 1223 c.c. introduce il concetto di causalità
2696 giuridica in virtù del quale, attribuita al debitore l'imputabilità dell'inadempimento e al danneggiante
2697 la causazione del danno ingiusto, tra tutti gli effetti negativi verificatisi nella sfera economica del
2698 creditore-danneggiato devono essere selezionati solo quelli che costituiscono "conseguenza
2699 immediata e diretta" della mancata prestazione o della lesione all'interesse meritevole di tutela.

2700 La formula utilizzata dal codice delle "conseguenze immediate e dirette" viene tradotta attraverso
2701 l'applicazione della teoria della regolarità causale o causalità adeguata, secondo cui la responsabilità
2702 deve essere estesa a ricomprendere tutte quelle conseguenze che discendano dall'inadempimento
2703 secondo un criterio di normalità. Sono risarcibili, quindi, tutte le conseguenze, anche indirette, che
2704 costituiscono un effetto normale dell'inadempimento.

2705 *Es. Sono conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento di un contratto o della condotta*
2706 *suscettibile di cagionare un danno le spese sostenute dal danneggiato per ovviare alla prestazione*
2707 *mancata o alla riparazione del bene o, ancora, i mancati guadagni derivanti dal fermo della*
2708 *produzione. Non sono conseguenze risarcibili, invece, il dissesto economico del creditore o il suo*
2709 *fallimento in quanto effetti del tutto anormali della violazione del contratto o del fatto illecito.*

⁷³ Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 74 il quale parla di «illecito plurioffensivo» per superare le critiche in tema di nesso di causalità.

2710 Come ha osservato la dottrina, però, estendere la responsabilità alle sole conseguenze normali è
2711 restrittivo⁷⁴. La giurisprudenza, dal canto suo, consapevole di questo limite anche se si richiama al
2712 criterio della regolarità causale riconosce la risarcibilità di danni che esulano dal normale corso degli
2713 eventi.

2714 Per comprendere, quindi, come concretamente operi il criterio della causalità adeguata occorre tenere
2715 a mente che le funzioni della responsabilità contrattuale si apprezzano sotto un duplice profilo: da un
2716 lato, mira a reintegrare il patrimonio del creditore; dall'altro costituisce un incentivo per
2717 l'adempimento del debitore. Ne consegue che un danno è conseguenza dell'inadempimento quando
2718 costituisce «la realizzazione di un rischio specifico creato da quel fatto»⁷⁵.

2719 *Es. Tizio, obbligatosi a consegnare la merce entro il 10 gennaio, ritarda l'adempimento e consegna*
2720 *la merce solo il 10 febbraio. L'acquirente Caio il giorno successivo alla consegna subisce un furto.*
2721 *Caio non ha diritto al risarcimento dei danni derivanti dal furto perché egli avrebbe dovuto fare i*
2722 *conti con tale rischio allo stesso modo se la merce fosse stata consegnata tempestivamente.*

2723 *Oppure si pensi a Tizio che incarichi Caio dell'esecuzione di determinati lavori da eseguirsi in un*
2724 *certo giorno. Caio non adempie non presentandosi. Nel medesimo giorno l'immobile viene svaligiato*
2725 *un furto perché nessuno era in casa. Tizio, non può pretendere il risarcimento dei danni derivanti dal*
2726 *furto perché la prestazione di Caio non era diretta ad evitare il compimento di furti*⁷⁶.

2727 L'adozione del criterio del rischio specifico consente di evitare che il creditore si avvantaggi traslando
2728 in capo al debitore dei rischi ai quali sarebbe stato esposto anche in assenza dell'inadempimento e,
2729 del pari, evita che il debitore sopporti dei rischi che non era tenuto ad evitare.

2730 La selezione delle conseguenze risarcibili non avviene, però, per il tramite della sola regola stabilita
2731 all'art. 1223 c.c. Soccorrono alla delimitazione del danno risarcibile ulteriori regole operative.

2732 *2.1.6.2. Causalità successiva ipotetica*

2733 Il problema della causalità ipotetica viene in considerazione quando il danno è conseguenza
2734 dell'inadempimento, ma si sarebbe ugualmente prodotto se il debitore avesse correttamente
2735 adempiuto.

2736 *Es. Si pensi al vettore che colposamente distrugge la merce in trasporto che sarebbe andata*
2737 *ugualmente perita considerato l'incendio del magazzino nel giorno della consegna.*

2738 Parte della dottrina, considerato che il danno deve essere determinato al momento dell'accertamento
2739 giudiziale, esclude un obbligo risarcitorio rispetto a quei danni che, nonostante l'adempimento, si
2740 sarebbero ugualmente verificati⁷⁷.

2741 Altri, invece, considerato che a causa dell'inadempimento alla prestazione originaria si sostituisce
2742 l'obbligo risarcitorio, escludono che possa incidere sulla quantificazione del danno una circostanza
2743 che solo in via ipotetica sarebbe potuta realizzarsi. Dunque, la presenza di una causa successiva
2744 ipotetica non esclude il diritto al risarcimento del danno, almeno nei limiti del danno emergente.

2745 Le stesse conclusioni, invero, non possono trarsi con riferimento al lucro cessante il quale, a sua volta,
2746 è valutato in base ad un giudizio ipotetico. In tale caso, se la probabilità di conseguire un vantaggio
2747 con l'utilizzo della prestazione inadempita viene esclusa o scema grandemente per il verificarsi di

⁷⁴C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 130.

⁷⁵C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 132.

⁷⁶ Gli esempi sono tratti da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 130. Per l'analisi della giurisprudenza v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 906 ss.

⁷⁷C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 134, il quale trae il principio generale dalla regola codificata all'art. 1221 c.c. ove si consente al debitore in mora di liberarsi dalla prestazione se dimostra che il bene sarebbe ugualmente perito.

2748 una causa alternativa ipotetica, deve essere del pari escluso o diminuito proporzionalmente il
2749 risarcimento del lucro cessante

2750 *Es. Si pensi all'acquisto di un immobile consegnato con ritardo che crolli, l'acquirente non può*
2751 *pretendere il danno da mancata locazione a terzi perché essa sarebbe stata ugualmente impossibile.*

2752 2.1.6.3. La compensatio lucri cum damno

2753 Con questa formula, ci si riferisce alla necessità di determinate il risarcimento del danno depurandolo
2754 degli effetti positivi conseguiti dal creditore a seguito dell'inadempimento.

2755 *Es. Si pensi al ritardo nella consegna di un fabbricato che consente al compratore di avvantaggiarsi*
2756 *dell'incremento dei prezzi dovuto alla realizzazione di opere pubbliche nella zona. Perché la*
2757 *compensazione operi è necessario che il lucro sia, al pari del danno, conseguenza immediata e diretta*
2758 *del danno e non mera occasione*⁷⁸.

2759 Sempre al tema della *compensatio lucri cum damno* viene ricondotto il problema della possibilità,
2760 generalmente ammessa in passato, di cumulare il risarcimento con altri benefici collaterali – ad
2761 esempio un indennizzo assicurativo – percepiti dal danneggiato in base ad un titolo autonomo
2762 dall'illecito. Al fine di evitare un arricchimento ingiustificato, le Sezioni unite recentemente
2763 intervenute hanno abbracciato la tesi del non cumulo tra le due poste economiche⁷⁹. Qualora il
2764 danneggiante abbia già percepito un indennizzo assicurativo, dunque, questo dovrà andare a
2765 diminuire la somma dovuta a titolo di risarcimento dal danneggiato che potrà poi essere chiamato in
2766 rivalsa dall'assicurazione per quanto si è trovata ad indennizzare (cfr. art. 1916). Il cumulo sarà però
2767 ammesso, precisano le Sezioni unite, quando “la ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale
2768 entrata nel patrimonio del danneggiante” appare funzionalmente compatibile con il risarcimento⁸⁰.

2769 2.1.7. Il dovere del creditore di evitare il danno

2770 Il *duty of mitigation* è sancito dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. ai sensi del quale «il risarcimento
2771 non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

2772 Tale previsione non deve essere confusa con quella del primo comma del medesimo articolo ove si
2773 prevede che il concorso di colpa del danneggiato alla produzione del danno determina una
2774 diminuzione del risarcimento commisurata alla gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che
2775 ne sono derivate.

2776 La norma nel complesso è espressione del principio di autoresponsabilità, in virtù del quale il
2777 danneggiato è tenuto a sopportare il danno che egli stesso si sia causato.

2778 Tuttavia, il primo comma attiene al decorso causale, nel senso che il fatto colposo del creditore è
2779 concausa dell'evento dannoso.

2780 *Es. La consegna di un bene oltre il termine contrattualmente previsto o con modalità difformi da*
2781 *quelle pattuite può essere causata dal comportamento negligente del creditore che non comunica o*
2782 *comunica con ritardo le specifiche logistiche utili allo scarico della merce oggetto di fornitura. In un*
2783 *simile caso, il debitore risponde del ritardo, ma il risarcimento è diminuito perché vi è un concorso*
2784 *di colpa del creditore.*

⁷⁸ Per un'analisi delle varie declinazioni che il principio assume in giurisprudenza v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 912 ss.

⁷⁹ Cass. s.u., 22.5.2018, n. 12564 ss., in *Foro it.*, 2018, 1899.

⁸⁰ Sul tema cfr. U. Izzo, *La giustizia del beneficio*, Napoli, 2018 e E. Bellisario, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, Padova, 2018.

2785 Il secondo comma, invece, dando per presupposto l'*an* del risarcimento impone al creditore il dovere
2786 di non aggravare le conseguenze dannose. Il dovere del creditore di mitigare il danno trova
2787 fondamento nell'art. 1175 c.c. il quale, come noto, impone alle parti di comportarsi secondo
2788 correttezza e, quindi, richiede che creditore e debitore cooperino nell'attuazione del rapporto
2789 obbligatorio salvaguardando l'utilità altrui nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

2790 Il dovere di correttezza e buona fede che la norma esige dal creditore non consiste nella mera inerzia
2791 di fronte all'altrui comportamento dannoso, o nella semplice astensione dall'aggravare, con fatto
2792 proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma gli impone una condotta attiva o positiva diretta a limitare
2793 le conseguenze dannose di detto comportamento.

2794 Nella consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, il dovere in parola non può mai
2795 tradursi in attività per il creditore «gravose o straordinarie o comunque tali da comportare notevoli
2796 rischi o rilevanti sacrifici»⁸¹.

2797 *Es. L'inadempimento del contratto di fornitura avente ad oggetto la merce necessaria per la*
2798 *produzione del bene X impone all'imprenditore di attivarsi, nei limiti di uno sforzo ragionevole, per*
2799 *la ricerca sul mercato di una prestazione sostitutiva. Se il creditore colpevolmente rimane inerte, non*
2800 *può pretendere il risarcimento dei danni derivanti dalla sospensione della produzione che avrebbe*
2801 *potuto evitare rimpiazzando tempestivamente la prestazione rimasta inadempita.*

2802 *L'inerzia del creditore si concreta in un comportamento omissivo colposo da cui discende una*
2803 *limitazione del danno risarcibile.*

2804 *Al danneggiato, tuttavia, è richiesto uno sforzo ragionevole, non essendogli imposto il compimento*
2805 *di attività che si traducano in un sacrificio dei propri interessi personali e patrimoniali.*

2806 *Così se la prestazione è rimpiazzabile a condizioni eccessivamente onerose, sotto il profilo del tempo*
2807 *e dei costi, al creditore non può essere chiesto di procurarsela per mitigare le conseguenze lesive*
2808 *dell'inadempimento.*

2809 La norma, considerato il richiamo di cui all'art. 2056 c.c., trova applicazione anche nel caso di
2810 obbligazione risarcitoria da fatto illecito.

2811 2.1.7.1. La prevedibilità del danno

2812 Ai sensi dell'art. 1225 c.c. il debitore è tenuto a risarcire solo il danno prevedibile, salvo che
2813 l'inadempimento o il ritardo siano dolosi. La regola trova fondamento nell'esigenza di consentire al
2814 debitore una complessiva valutazione dei rischi dell'operazione economica e, quindi, anche
2815 dell'ammontare delle conseguenze risarcitorie là dove non riesca ad adempiere.

2816 La funzione della norma è, dunque, quella di evitare che il debitore resti esposto a conseguenze più
2817 gravi rispetto a quelle calcolate al momento dell'assunzione dell'obbligazione per l'eventualità in cui
2818 non fosse riuscito ad adempiere. In questa prospettiva, il criterio della prevedibilità è funzionale a
2819 proporzionare il risarcimento del danno alla lesione effettivamente subita.

2820 La regola della prevedibilità, quindi, è in grado di incentivare – o quanto meno di non scoraggiare –
2821 le attività professionali e imprenditoriali che implicano l'assunzione di obblighi.

2822 Inoltre, la norma rappresenta un utile punto di riferimento per debitore e creditore in relazione alla
2823 scelta di avvalersi di clausole di esonero da responsabilità, consentendo allo stesso tempo di
2824 razionalizzare i meccanismi assicurativi utilizzati dalle parti. In una simile prospettiva, a trarne

⁸¹ Per una rassegna dei casi tipici di interventi del danneggiato per evitare il danno v. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 145 ss. e G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 922 ss.

beneficio sono altresì interessi di carattere generale, connessi all'efficienza del sistema economico nella sua totalità.

È prevedibile il danno che ha probabilità di verificarsi secondo un giudizio condotto attraverso il canone della normale diligenza. Ciò sta a significare che l'imprevedibilità del danno, non deve essere riferita al comportamento concretamente serbato dallo specifico debitore inadempiente, ma alle ordinarie regole di comportamento che i soggetti economici, secondo un criterio di normalità, tengono in presenza delle circostanze di fatto conosciute dal debitore inadempiente.

Le conseguenze dirette ordinariamente prevedibili vanno quindi valutate alla stregua delle norme cautelari che mirano ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso. Tale ultima funzione è infatti rivolta non soltanto a verificare se la condotta abbia causato l'evento, bensì anche a controllare la sussistenza della conoscenza o conoscibilità *ex ante* da parte dell'autore degli sviluppi della sua azione, potendo attivarsi per evitarli⁸².

Dunque, la prevedibilità deve essere valutata in relazione, da un lato, ai fatti conoscibili ordinariamente da un astratto debitore in situazioni analoghe e, dall'altro, a quelli concretamente conosciuti dal singolo debitore. In tale prospettiva, assume importanza fondamentale l'informazione del debitore che – anche sulla base dei fatti comunicatigli dalla controparte – è posto in condizione di programmare il proprio impegno debitorio nonché di stabilire le condizioni contrattuali⁸³.

La prevedibilità, come chiarito, ha la finalità di proporzionare la responsabilità al rischio contrattualmente assunto: la *ratio* di tale norma è quella di sancire il principio secondo cui l'instaurazione di un vincolo obbligatorio "importa l'assunzione di un rischio contenuto nei limiti della normalità data dal risultato che il creditore avrebbe ottenuto con l'adempimento esatto"⁸⁴.

Il giudizio di prevedibilità attiene, dunque, al probabile verificarsi di un evento dannoso secondo i canoni di diligenza dell'uomo medio e non può che fondarsi sugli elementi di fatto conosciuti o conoscibili dal debitore al momento in cui la prestazione derivante dal contratto stipulato sia divenuta attuale⁸⁵. Pertanto, la prevedibilità del danno deve essere vagliata facendo riferimento al momento in cui l'obbligazione è sorta (art. 1225), ossia il momento della stipula del contratto per l'obbligazione contrattuale, poiché è questo il momento in cui le parti impostano il rischio dell'affare che si rifletterà sull'equilibrio delle prestazioni.

Una dottrina – che qualche eco ha ricevuto in giurisprudenza⁸⁶ – ritiene invece preferibile correggere la norma e spostare il giudizio di prevedibilità dal momento della stipula del contratto a quello del suo inadempimento poiché solo in tale momento il debitore è in grado di valutare concretamente e, quindi, di prevedere le conseguenze dannose che il creditore può subire in considerazione del mancato conseguimento della prestazione⁸⁷. Una simile interpretazione intende evitare un'eccessiva limitazione di responsabilità. Si pensi alle ipotesi in cui tra il momento del sorgere dell'obbligazione e quello in cui la stessa deve essere eseguita intercorra un notevole lasso di tempo. La conseguenza dell'adesione a questa interpretazione sarebbe quella di non escludere la risarcibilità di quei danni che, pur essendo imprevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, sono divenuti prevedibili nel momento in cui il debitore è chiamato ad adempiere.

⁸²P. CENDON, *Responsabilità civile*, Milano, 2017, 333.

⁸³P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 177 s.

⁸⁴M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 1343.

⁸⁵Cass. 11 ottobre 1983, n. 5896.

⁸⁶Cass., 30 gennaio 2007, n. 1956.

⁸⁷C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 158.

2864 2.1.8 La quantificazione del danno

2865 Tutte le regole sin qui passate in rassegna sono finalizzate a ristorare esattamente il creditore, nei
2866 limiti in cui l'accertamento giudiziale lo consente, degli effetti economici negativi che il suo
2867 patrimonio ha subito a causa della mancata prestazione o per il fatto illecito.

2868 Ne consegue che il rimedio che offre l'ordinamento al contraente deluso e al danneggiato
2869 extracontrattuale è diretto alla compensazione del danno c.d. danno effettivo, per cui il creditore non
2870 ha diritto a ricevere nulla di meno o di più rispetto a quanto effettivamente ha perso.

2871 A tal fine è stato proposto il seguente criterio di quantificazione⁸⁸. Nel calcolo del risarcimento del
2872 danno occorre considerare diverse voci:

- 2873 - il creditore, in primo luogo, subisce una perdita (sotto forma di danno emergente o lucro cessante)
2874 che deve essere calcolata sulla base del prezzo di mercato
- 2875 - l'inadempimento può essere causa per il creditore di perdite ulteriori, quali ad esempio il
2876 risarcimento dovuto a terzo rispetto a quali non è possibile adempiere per indisponibilità della
2877 merce non consegnata a causa dell'inadempimento
- 2878 - se il creditore opta per la risoluzione, nel computo del danno entrano anche i costi risparmiati quali,
2879 ad es., l'esonero dall'esecuzione della controprestazione
- 2880 - il creditore, inoltre, a seguito dell'inadempimento può impiegare diversamente le risorse che aveva
2881 destinato all'esecuzione della propria prestazione e, così, conseguire un lucro sostitutivo.

2882 Sulla base di queste considerazioni il risarcimento del danno può essere così calcolato:

2883 $\text{risarcimento} = (\text{perdita di valore} + \text{altre perdite}) - (\text{costi risparmiati} + \text{utilità sostitutive})$

2884 Il criterio indicato è stato, poi, precisato con riferimento al danno contrattuale.

2885 In caso di risoluzione, infatti:

- 2886 - il creditore non solo risparmia i costi della propria prestazione, ma ha anche diritto alla restituzione
2887 della prestazione già eseguita.
- 2888 - oltre ai costi risparmiati, quindi, devono essere aggiunte le restituzioni.
- 2889 - inoltre, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. il creditore ha il dovere di mitigare il danno,
2890 dovendosi escludere il risarcimento per le perdite evitabili con l'ordinaria diligenza.

2891 Sulla base di queste precisazioni il calcolo del risarcimento del danno può essere così esemplificato:

2892 $\text{risarcimento} = (\text{perdita di valore} + \text{altre perdite}) - (\text{costi risparmiati} + \text{utilità sostitutive} +$
2893 $\text{restituzioni} + \text{perdite evitabili})$

2894 *Es. Tizio compra un bene da Caio al prezzo di 1000, anticipando a titolo di acconto sul prezzo 300.*
2895 *Caio non adempie. Il valore della prestazione al momento dell'inadempimento è pari 1100. Tizio non*
2896 *si procura un acquisto sostitutivo e subisce un ulteriore danno di 100.*

2897 *Supponendo che in caso di acquisto sostituito egli avrebbe limitato il danno di 30, in tale caso il*
2898 *risarcimento è pari a:*

2899 $1100 (\text{perdita di valore}) + 100 (\text{altre perdite}) - [700 (\text{costi risparmiati}) + 300 (\text{restituzioni}) + 0 (\text{utilità}$
2900 $\text{sostitutive}) + 70 (\text{perdite evitabili})] = 130^{89}.$

⁸⁸G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 922 ss.

⁸⁹ L'esempio è tratto da G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 922 ss.

2901 2.1.8.1. *La valutazione equitativa del danno*

2902 Non sempre è agevole quantificare il danno. Alcuni dei problemi correlati a tale difficoltà vengono
2903 risolti dall'art. 1226 a mente del quale "se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare,
2904 è valutato dal giudice con valutazione equitativa". La disposizione non alleggerisce l'onere probatorio
2905 di chi domanda un risarcimento, ma si limita a stabilire che una difficoltà oggettiva nel dimostrare
2906 l'entità del pregiudizio non è un buon motivo per negare la tutela risarcitoria. L'esplicito riferimento
2907 al "preciso ammontare" fa sì che del danno debba comunque essere dimostrata l'esistenza. Provato
2908 l'an, il *quantum* potrà essere stabilito dal giudice secondo equità. Se la prova precisa del *quantum*
2909 sarebbe potuta essere data, l'art. 1226 non si applica; l'equità non viene in soccorso della parte che
2910 non abbia assolto il proprio onere probatorio. La giurisprudenza equipara l'impossibilità alla
2911 "difficoltà rilevante" precisando però che questa non deve essere confusa con la "semplice
2912 complessità"⁹⁰.

2913 L'importanza di tale norma si avverte non solo in riferimento alla quantificazione del danno non
2914 patrimoniale – dove l'impossibile ancoraggio a valori economici comporta un'ampia discrezionalità
2915 giudiziale nella stima del danno – ma anche in tema di danno futuro e di lucro cessante. Lucro cessante
2916 che, peraltro, in sede di danno aquiliano viene normativamente posto in correlazione a un giudizio
2917 equitativo (art. 2056 c., 2)⁹¹. Equità non significa comunque arbitrio dovendo il giudice motivare
2918 circa gli elementi della fattispecie che ha ritenuto di dover valorizzare nella quantificazione.

2919 2.1.8.2 *Il valore finanziario del tempo*

2920 La determinazione del momento cui riferire la stima dell'equivalente incide sulla misura del danno.
2921 Il decorso del tempo tra la determinazione del danno e la sua liquidazione può mutare in modo
2922 considerevole il *quantum* risarcitorio considerate le normali oscillazioni dei prezzi di mercato e il
2923 mutamento del valore del corso del denaro (inflazione).

2924 Sul punto, occorre considerare che la prestazione originaria si converte in obbligazione risarcitoria,
2925 in caso di risoluzione del contratto, nel momento in cui la relativa domanda viene presentata, in quanto
2926 ai sensi dell'art. 1453 c.c. il debitore non può più adempiere la propria obbligazione dalla data della
2927 domanda di risoluzione.

2928 Nel caso in cui, invece, il creditore opti per il mantenimento del contratto e si rivolga al mercato per
2929 un acquisto sostitutivo è nel momento in cui viene pagato il prezzo per la prestazione sostitutiva che
2930 si verifica un danno e che alla prestazione originaria si sostituisce quella risarcitoria.

2931 2.1.8.3. *Il momento per la stima dell'equivalente.*

2932 Di regola, il momento in cui all'obbligazione originaria si sostituisce quella risarcitoria costituisce
2933 anche il tempo per la stima dell'equivalente monetario necessario a consentire al creditore di
2934 conseguire l'utile che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto.

2935 Ed infatti, l'orientamento giurisprudenziale prevalente individua il momento rilevante la
2936 determinazione del danno nell'atto di proposizione della domanda giudiziale di risoluzione o della
2937 risoluzione di diritto⁹².

⁹⁰ Cfr. Cass., 8 novembre 2016, n. 22638; Cass. 17 ottobre 2016, n. 20889.

⁹¹ Creando così una certa sovrapposizione tra gli artt. 1226 e 2056 secondo comma: cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 112.

⁹² Non si tratta, tuttavia, dell'unica tesi. In ordine al momento cui riferire la stima del danno, invero, in dottrina e giurisprudenza sussistono tre diversi orientamenti. Secondo il primo, minoritario e risalente, la stima dell'equivalente deve essere fatta nel momento in cui la prestazione doveva essere adempiuta; il secondo, invece, individua tale momento in quello in cui viene pronunciata la sentenza di liquidazione; il terzo, esplicitato nel testo e dominante in caso di risoluzione, stima l'equivalente al momento della proposizione della domanda di risoluzione. Cfr., per una dettagliata analisi A. PINORI, *Criteri di valutazione, tecniche e regole giudiziali di liquidazione*, in *Il danno contrattuale*, II, Padova, 1998, 24 ss.

2938 Il momento in cui all'obbligazione originaria si sostituisce quella risarcitoria costituisce anche il
2939 tempo per la stima dell'equivalente monetario necessario a consentire al creditore di conseguire l'utile
2940 che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto.

2941 Lungo tale direttrice si sono sedimentate tre regole di conio giurisprudenziale: 1) il momento da
2942 prendere a riferimento per la stima del danno in costanza di risoluzione è quello della domanda
2943 giudiziale⁹³; 2) in caso di una impossibilità della prestazione dovuta ad una causa imputabile al
2944 debitore il momento da prendere in considerazione è quello in cui la prestazione diviene
2945 impossibile⁹⁴; 3) se il creditore ha domandato il risarcimento sostitutivo della prestazione è il
2946 momento della sentenza che condanna al risarcimento a dover essere considerato per la stima del
2947 danno⁹⁵.

2948

2949 *2.1.8.4. La rivalutazione monetaria*

2950 Una volta determinato il danno, deve essere liquidato. La liquidazione è quell'operazione mediante
2951 la quale viene individuato l'ammontare pecuniario del danno in base al valore attuale della moneta.
2952 Tale regola fa che il credito risarcitorio acquisti natura di debito di valore, ossia di debito avente ad
2953 oggetto «una prestazione monetaria determinata in funzione del potere di acquisto della moneta»⁹⁶.

2954 Salvo il caso in cui stima dell'equivalente e liquidazione del danno coincidano (ciò avviene quando
2955 la determinazione del danno viene riferita temporalmente al momento in cui viene liquidata la somma
2956 ma, come detto, ciò non avviene in caso di risoluzione), posporre la liquidazione rispetto alla
2957 determinazione determina la necessità di adeguare il valore della prestazione risarcitoria al fine di
2958 evitare che il creditore sia esposto alla svalutazione monetaria.

2959 Riconoscere natura di debito di valore al credito risarcitorio consente al creditore di sottrarsi agli
2960 effetti dell'inflazione e al principio nominalistico, in quanto il giudice al momento della liquidazione
2961 deve tener conto della svalutazione monetaria intervenuta e, quindi, procedere alla sua rivalutazione
2962 che avviene normalmente secondo gli indici stabiliti dall'ISTAT.

2963 La rivalutazione monetaria è dovuta come effetto della natura del credito di valore, che è di per sé
2964 sottratto al rischio della svalutazione, poiché il suo importo in moneta deve essere determinato al
2965 momento della liquidazione, in corrispondenza ad un valore economico reale.

2966

2967 *2.1.8.5. Gli interessi compensativi*

2968 Dal momento in cui l'obbligazione originaria muta in obbligazione risarcitoria, è opinione consolidata
2969 quella per cui il debitore inadempiente, al pari del danneggiante extracontrattuale, sia in mora.

2970 Ora, ai sensi dell'art. 1224 c.c., se l'obbligazione ha ad oggetto una somma di denaro, il debitore è
2971 tenuto a corrispondere gli interessi dal giorno in cui è costituito in mora.

2972 La norma, certamente si riferisce ai debiti di valuta, ossia alle obbligazioni che sin dall'origini hanno
2973 ad oggetto una somma di denaro.

⁹³ Cass. S.U., 25 luglio 1994, n. 6938; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1956; Cass., 28 luglio 2010, n. 17688; Cass., 28 novembre 2017, n. 28375.

⁹⁴ Cass., 22 marzo 2018, n. 7169; Cass., 11 novembre 2015, n. 22979; Cass., 10 ottobre 2008, n. 25016.

⁹⁵ Cass., 29 aprile 2003, n. 6651; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3940.

⁹⁶ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 163.

2974 Si ritiene, però, che essa trovi applicazione anche nel caso di ritardo di un debito di valore, qual è il
2975 risarcimento del danno per equivalente, in quanto l'indisponibilità di una somma di denaro provoca
2976 sempre un danno⁹⁷.

2977 Il diritto agli interessi compensativi sulle somme dovute a titolo di risarcimento del danno è dettato
2978 dall'esigenza di non lasciare privo il creditore del diritto agli interessi nei casi in cui la illiquidità del
2979 credito non consente la decorrenza degli interessi di pieno diritto di cui all'art. 1282 c.c..

2980 Tali interessi sono detti compensativi, in quanto sono funzionali a remunerare il creditore per il
2981 ritardato conseguimento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno da inadempimento.
2982 Gli interessi in questione, in realtà, hanno natura essenzialmente moratoria perché costituiscono un
2983 indennizzo per la mancata immediata corresponsione della somma di denaro dovuta a titolo di
2984 risarcimento.

2985 Problematico è sempre stato il rapporto tra interessi compensativi e rivalutazione monetaria.

2986 Secondo l'opinione consolidata il cumulo tra interessi compensativi e rivalutazione deve essere
2987 ammesso in quanto la rivalutazione monetaria e gli interessi sulla somma liquidata assolvono a
2988 funzioni diverse. La prima, invero, mira a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato quale
2989 era anteriormente alla verifica del danno. I secondi, invece, hanno natura compensativa del
2990 rispetto al ritardato godimento del denaro. Ne consegue che le due misure sono compatibili e oltre
2991 alla rivalutazione monetaria devono essere anche corrisposti gli interessi.

2992 Costituisce ormai punto fermo in giurisprudenza quello per cui la base per il calcolo degli interessi
2993 compensativi, ferma restando la loro decorrenza dal momento in cui l'evento dannoso si è verificato,
2994 non deve essere effettuata sulla somma integralmente rivalutata al momento della liquidazione, ma
2995 sulla somma iniziale e poi su quelle rivalutate di anno in anno⁹⁸.

2996

2997 2.1.8.6. La questione dell'anatocismo

2998 La giurisprudenza e la dottrina dominanti sono ferme nel considerare l'inapplicabilità dell'art. 1283
2999 c.c. ai debiti di valore. Si ritiene, invero, che l'obbligazione risarcitoria non sia idonea produrre
3000 interessi sugli interessi perché questi diventano liquidi ed esigibili solo nel momento in cui il danno
3001 viene liquidato.

3002 La giurisprudenza, inoltre, ha precisato che la disposizione che ammette l'anatocismo, dettata dall'art.
3003 1283 c.c. in materia di obbligazioni pecuniarie, non enuncia un principio di carattere generale valido
3004 per ogni specie di obbligazione, ma ha carattere eccezionale, e non è quindi estensibile ai debiti di
3005 valore.

3006

3007 2.1.8.7. Dalla liquidazione del danno alla corresponsione del *risarcimento*

3008 La liquidazione del danno contenuta nella sentenza di condanna determina la conversione del debito
3009 di valore in debito di valuta, con la conseguenza che ad esso si applicano tutte le norme normalmente
3010 applicabili alle obbligazioni pecuniarie.

3011 Sulla somma complessivamente liquidata, quindi, già rivalutata e comprensiva di interessi
3012 compensativi, decorrono gli interessi ex art. 1282 c.c., ai sensi del quale i crediti liquidi ed esigibili
3013 di somme di denaro producono interessi di pieno diritto.

⁹⁷P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 83 ss.

⁹⁸ Cfr. Cass., s.u., 17 febbraio 1995, n. 1712. Reputa irrazionale questo meccanismo P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 165 ss.

3014 Questa regola costituisce applicazione del generale principio di naturale fecondità del denaro. Tali
3015 interessi, dunque, hanno natura compensativa perché costituiscono remunerazione del capitale in
3016 possesso del debitore ma spettante al creditore, il quale deve essere compensato mediante la
3017 corresponsione degli interessi legali a prescindere dal titolo del rapporto obbligatorio.

3018 La conversione in debito di valuta determina, altresì, l'applicazione dell'art. 1283 c.c., con la
3019 conseguenza che gli interessi di pieno scaduti sono idonei a produrre ulteriori interessi.

3020

3021 3 Appendice giurisprudenziale

3022 3.1. Causalità materiale, giuridica, economica del danno

3023 3.1.1 Causalità materiale e giuridica

3024 **Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, n. 33659**

3025 La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che «se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un
3026 danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria» (Cass. Sez. U. n. 576 del 2008), così
3027 temperando l'originario rigorismo della tesi della causalità giuridica presente nella dottrina che la
3028 introdusse. Secondo questa dottrina la fattispecie della responsabilità risarcitoria si perfeziona con la
3029 verifica del fatto, comprensivo dell'azione e dell'evento, mentre la causalità giuridica interviene
3030 solo in funzione selettiva del danno risarcibile all'esito di una responsabilità già accertata. Una simile
3031 visione resta nell'alveo della prospettiva pan-penalistica dell'atto antigiuridico (non iure, nel senso di
3032 comportamento non giustificato dal diritto), mentre il punto di vista della moderna responsabilità
3033 civile, improntata al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), è quello dell'allocatione del danno contra
3034 ius ("ingiusto", secondo la qualifica dell'art. 2043). Al rigorismo dell'originaria tesi dottrinale va
3035 obiettato che in assenza delle conseguenze previste dall'art. 1223 cod. civ. non vi è alcuna
3036 responsabilità risarcitoria da accertare perché non vi è danno da risarcire. La fattispecie del fatto
3037 illecito si perfeziona con il danno conseguenza: ciò vuol dire che la perdita subita e il mancato
3038 guadagno (art. 1223) non sono un *posterius* rispetto al danno ingiusto, ma sono i criteri di
3039 determinazione di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 2056. Diversamente da quanto pur
3040 affermato in dottrina, il «danno» di cui fa menzione la seconda parte dell'art. 2043 non è altra cosa
3041 dal «danno ingiusto» di cui si parla nella prima parte: se non c'è danno conseguenza non c'è danno
3042 ingiusto. Causalità materiale e causalità giuridica non sono così le fasi di una successione cronologica,
3043 ma sono i due diversi punti di vista in sede logico-analitica dell'unitario fenomeno del danno ingiusto
3044 (di «profili diversi» dell'unico danno già discorreva Cass. sez. U. n. 576 del 2008, punto n. 5.1.), il
3045 quale non è identificabile se non alla luce di questa dualità di nessi causali, l'uno informato al criterio
3046 della regolarità causale, l'altro a quello della consequenzialità immediata e diretta. Cagionato l'evento
3047 di danno, la fattispecie del fatto illecito è integrata con la realizzazione delle conseguenze
3048 pregiudizievoli, senza che fra evento e conseguenza vi sia un distacco temporale: la distinzione è
3049 logica, non cronologica. Il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza
3050 patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento
3051 lesivo di un interesse meritevole di tutela ad un determinato bene della vita, secondo la fondamentale
3052 definizione contenuta in Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è
3053 giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene
3054 della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 cod. civ. rappresenta la sintesi di questi
3055 due reciproci vettori».

3056 **Cass., 25 gennaio 2012, n. 7757**

3057 Va qui osservato che l'art. 1223 c.c. stabilisce che "il risarcimento del danno per l'inadempimento
3058 per il ritardo deve comprendere, così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in
3059 quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". La norma sintetizza in poche battute il contenuto
3060 minimo del risarcimento, introducendo un concetto di danno "integrale", comprensivo sia della
3061 diminuzione subita, e cioè il danno che il debitore adempiente avrebbe potuto evitare, sia del mancato
3062 incremento patrimoniale di cui il creditore avrebbe potuto godere se la prestazione fosse stata
3063 eseguita. Insomma, il risarcimento del danno è l'obbligazione diretta a reintegrare il patrimonio del
3064 danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse verificato.
3065 Semplice sarà per il creditore provare il danno emergente: essendo quest'ultimo una posta attiva del
3066 patrimonio del soggetto, basterà dimostrarne l'attualità e la sua conseguente lesione. Più difficoltosa
3067 sarà, invece, la prova del lucro cessante il creditore si vedrà costretto a provare il mancato guadagno
3068 che gli sarebbe potuto derivare da quella determinata operazione economica. Sarà tenuto, quindi, a
3069 dare la prova di un bene o un interesse che non sono mai venuti ad esistenza, ma che, se si fossero
3070 concretizzati (in mancanza dell'inadempimento), sarebbero stati sicuramente di sua spettanza.
3071 Tuttavia, quest'ultima voce di danno può essere dimostrata, anche in via presuntiva.

3072 Ora, nell'ipotesi in esame, il danno "integrale", ovvero, l'obbligazione diretta a reintegrare il
3073 patrimonio del danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse
3074 verificato, non poteva che essere rappresentato dalla perdita che la società creditrice aveva subito: in
3075 termini di costi sostenuti per l'acquisto delle materie prime con cui produrre i motori, e in termini di
3076 riorganizzazione della linea di produzione per le richieste "personalizzazioni" e dal lucro cessante
3077 quale perdita di quel guadagno che la società [creditrice] avrebbe ottenuto se la società [debitrice]
3078 avesse assolto l'obbligo di acquistare i restanti 7702 motori.

3079 **Trib. Milano, 23 marzo 2019**

3080 Il danno patrimoniale contrattuale ai sensi dell'art. 1223 c.c. "...coincide con la perdita o il mancato
3081 guadagno conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, la cui delimitazione è determinata
3082 in base al giudizio ipotetico sulla differenza tra la situazione dannosa e quella che sarebbe stata se il
3083 fatto dannoso non si fosse verificato..." (Cass. civ., sez. II, 26.09.2016 n. 18832). Quanto al danno
3084 da mancato guadagno, incombe al danneggiato provare che, ove l'altro contraente fosse stato
3085 adempiente, avrebbe con certezza o comunque ragionevolmente conseguito una corresponsione
3086 economica, che invece non ha conseguito a causa dell'inadempimento: "Il danno patrimoniale da
3087 mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o
3088 impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria,
3089 dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta,
3090 esclusi solo i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché
3091 la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può
3092 essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai
3093 quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito" (*ex multis*: Cass. civ., sez.
3094 3, 3.12.2015 n. 24632; conf. Cass. civ., sez. 3, 28.01.2005, n. 1752).

3095

3096 3.1.2 Causalità giuridica e causalità economica: il dovere di mitigare il danno

3097 **Cass., Sez. II, 31 maggio 2016, n. 11230**

3098 In tema di risarcimento del danno, l'art. 1227 c.c., comma 1 attiene all'ipotesi del fatto colposo del
3099 creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso, mentre il secondo comma ha riguardo
3100 a situazione in cui il danneggiato sia estraneo alla produzione dell'evento ma abbia omesso, dopo la
3101 relativa verifica, di fare uso della normale diligenza per circoscriverne l'incidenza;
3102 l'accertamento dei presupposti per l'applicabilità della suindicata disciplina integra indagine di fatto,

3103 come tale riservata al giudice di merito e sottratta al sindacato di legittimità se assistita da motivazione
3104 congrua [...].
3105 Con riferimento al contenuto dell'ordinaria diligenza esigibile è stato in più occasioni affermato che
3106 l'art. 1227 c.c., comma 2, non si limita a prescrivere al danneggiato un comportamento meramente
3107 negativo, consistente nel non aggravare con la propria attività il danno già prodottosi, ma richiede un
3108 intervento attivo e positivo, volto non solo a limitare, ma anche ad evitare le conseguenze dannose.
3109 [...] Il limite alla esigibilità del comportamento attivo è costituito dalla "ordinaria" e non
3110 "straordinaria" diligenza, nel senso che le attività che il creditore avrebbe dovuto porre in essere al
3111 fine dell'evitabilità del danno, non siano gravose o straordinarie, come esborsi apprezzabili di denaro,
3112 assunzione di rischi, apprezzabili sacrifici [...]. Pertanto, se, tenuto conto delle circostanze del caso,
3113 il procurarsi altrimenti la prestazione appariva richiesto dall'ordinaria diligenza per evitare o
3114 contenere il danno, la parte che abbia ciò trascurato non può sfuggire alle conseguenze previste
3115 dall'art. 1227 c.c., u.c.).

3116

3117 3.1.3 La causalità economica: il danno contrattuale tra interesse positivo e interesse 3118 negativo

3119 **Cass., Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 625**

3120 Secondo la dottrina e la giurisprudenza (Cass. 1° dicembre 1983 n. 7199) il risarcimento dovuto a
3121 seguito della risoluzione del contratto ha per oggetto l'interesse positivo, e cioè quello che la parte si
3122 riprometteva di conseguire dalla esecuzione del contratto.

3123 Non è escluso che il contraente fedele subisca la sola lesione dell'interesse negativo (o addirittura che
3124 l'entità di questo superi, in concreto, quella del danno positivo) ed in tali casi, a richiesta del predetto
3125 contraente, la parte inadempiente dovrà risarcirgli le spese affrontate in vista della realizzazione
3126 dell'affare.

3127 Tuttavia, si deve evitare che, attraverso il cumulo dei due tipi di danni, il contraente fedele consegua
3128 un arricchimento ingiustificato, e cioè di più di quanto avrebbe conseguito dal contratto, se fosse stato
3129 regolarmente eseguito.

3130 3.1.4. Gli effetti economici dell'evento dannoso

3131 3.1.4.1. Inadempimento colposo e limite di prevedibilità

3132 **Cass., Sez. II, 14 novembre 2019, n. 29566**

3133 In tema di risarcimento del danno da inadempimento, l'imprevedibilità, alla quale fa riferimento l'art.
3134 1225 c.c., non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare,
3135 determinando, infatti, la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello
3136 specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente a una determinata
3137 categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e,
3138 cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute.

3139 **Cass., Sez. III, 28 novembre 2003, n. 18239**

3140 Il criterio della prevedibilità, enunciato dall'art. 1225 c.c. è uno di quelli volti alla determinazione del
3141 danno risarcibile. Esso consiste in un giudizio di probabilità del verificarsi di un futuro danno. Il
3142 giudizio è espresso in astratto, secondo l'apprezzamento della normale diligenza del soggetto
3143 responsabile, ma deve tenere conto di circostanze di fatto concretamente conosciute.

3144 Inteso in questo senso, il criterio della prevedibilità s'identifica con quello della regolarità causale,
3145 che attribuisce significato giuridico alle conseguenze che si possono verificare quando il processo
3146 causale ha un andamento regolare.

3147 Si aggiunga che la prevedibilità del danno non attiene al giudizio di responsabilità, perché riguarda
3148 l'accertamento dell'esistenza di questa, ma riguarda il danno considerato nel suo concreto ammontare,
3149 come questa Corte ha già ritenuto, sent. 21 maggio 1993 n. 5778.

3150

3151 3.1.5. Gli effetti consequenziali nella stima del danno

3152 3.1.5.1. *Regolarità causale e danno risarcibile*

3153 **Cass., Sez. II, 20 marzo 2024, n. 7443**

3154 La risoluzione del contratto comporta, a norma dell'art. 1453, comma 1°, c.c., l'obbligo della parte
3155 inadempiente di restituire le somme ricevute a titolo di prezzo e di risarcire il danno sofferto, secondo
3156 un criterio di regolarità causale, tale, cioè, da comprendere non solo quel danno che consegue
3157 direttamente ed immediatamente dall'inadempimento, ma anche quello che in via mediata ed indiretta
3158 si presenti come conseguenza normale dell'inadempimento stesso dell'altra parte, costituito dalla
3159 lesione dell'interesse positivo che quest'ultima aveva all'esecuzione del contratto e comprensivo
3160 innanzitutto del lucro cessante, costituito dall'incremento patrimoniale che il creditore avrebbe
3161 conseguito se il contratto fosse stato regolarmente eseguito, pari alla differenza di valore tra la
3162 prestazione rimasta inadempita e il valore della prestazione dovuto dalla parte non inadempiente al
3163 netto delle spese.

3164 **Cass. Sez. I, 23 dicembre 2010, n. 26042**

3165 In tema di nesso causale, esistono due momenti diversi del giudizio civile, costituito il primo dalla
3166 ricostruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, per il quale la problematica causale, detta
3167 della causalità materiale o di fatto, è analoga a quella penale di cui agli art. 40 e 41 cod. pen. ed il
3168 danno rileva solo come evento lesivo, ed il secondo, al quale va riferita la regola dell'art. 1223 cod.
3169 civ., che riguarda la determinazione dell'intero danno cagionato oggetto dell'obbligazione
3170 risarcitoria, attribuendosi rilievo, all'interno delle serie causali così individuate, a quelle che, nel
3171 momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili, come richiesto dalla
3172 cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, fondata su un giudizio formulato
3173 in termini ipotetici. (Nella specie la S.C. ha ritenuto sussistente il nesso di causalità fra la tardiva
3174 corresponsione da parte della P.A. dell'indennità di requisizione e l'inadempimento da parte del
3175 titolare del bene requisito all'obbligo di pagamento delle rate di mutuo fondiario, cui sia seguita
3176 l'espropriazione del bene, allorché l'inadempimento sia una conseguenza probabile e verosimile del
3177 tardivo versamento dell'indennità.

3178 **Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619**

3179 Il nesso causale rappresenta, in sede civile, la misura della relazione probabilistica concreta,
3180 svincolata da ogni riferimento soggettivo, tra comportamento e fatto dannoso; esso consente di
3181 individuare i termini dell'astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in
3182 capo all'agente, secondo un principio guida formulato in termini di rispondenza, da parte dell'autore
3183 del fatto illecito, delle conseguenze che "normalmente" discendono dal suo atto, a meno che non sia
3184 intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (cd. teoria
3185 della regolarità causale e del "novus actus interveniens").

3186

3187 3.1.5.2. *Incertezza eventistica e perdita di chance*

3188 **Cass., sez. III, 27 luglio 2024, n. 21045**

3189 Quello da perdita di *chance* è danno distinto da quello da perdita definitiva del vantaggio atteso non
3190 perché connotato da minore gradiente causale o probatorio, ma per ragioni legate alla sua stessa
3191 essenza.

3192 *Chance*, infatti, è bensì (soltanto) la possibilità di conseguire un risultato vantaggioso (ovvero di
3193 evitarne uno sfavorevole), ma il termine implica anche e soprattutto incertezza e l'incertezza è la cifra
3194 che connota, come dato essenziale, il concetto anche nelle sue declinazioni giuridiche.
3195 L'essenza della figura è, dunque, rappresentata da una condizione di insuperabile incertezza
3196 eventistica.

3197 La *chance* (tanto di carattere patrimoniale quanto non patrimoniale) resta confinata nelle relazioni
3198 incerte tra eventi non interdipendenti, in quanto non causalmente collegati da una "legge di
3199 connessione".

3200 Per converso se una tale connessione è possibile [...] non si ricade più nel campo della *chance* ma in
3201 quello della relazione causale tra condotta ed evento di danno (inteso come lesione piena ed effettiva
3202 dell'interesse avuto di mira) (v. sul tema, con riferimento alla perdita di *chance* a carattere non
3203 patrimoniale, ma con argomenti spendibili anche in ambito patrimoniale: Cass. 11/11/2019, n. 28993,
3204 e, prima ancora, Cass. 9/03/2018, n. 5641; Cass. 19/03/2018, n. 6688; v. anche Cass. 7/10/2021, n.
3205 27287; Cass. 26/01/2022, n. 2261; v. anche per un caso analogo, da ultimo, Cass. 21/05/2024, n.
3206 14163).

3207 In tal senso va ricordato che costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte
3208 l'affermazione secondo cui "la responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del
3209 proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno
3210 e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente" (Cass. n. 10966
3211 del 2004; n. 34787 del 2022), con la conseguenza che "la mancanza di elementi probatori, atti a
3212 giustificare una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'attività del prestatore
3213 d'opera, induce ad escludere l'affermazione della responsabilità del legale, in quanto, la
3214 responsabilità dell'esercente la professione forense non può affermarsi per il solo fatto del mancato
3215 corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare se, qualora l'avvocato
3216 avesse tenuto la condotta dovuta, il suo assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie
3217 ragioni, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale ed il
3218 risultato derivatone" (v., *ex multis*, Cass. n. 11901 del 2002, citata in sentenza; n. 9917 del 2010; n.
3219 22376 del 2012; n. 2638 del 2013; n. 1984 del 2016; n. 25112 del 2017; n. 13873 del 2020; n. 4655
3220 del 2021; n. 33466 del 2022).

3221 **Cass., sez. lavoro, 10 novembre 2017, n. 26694**

3222 In tema di diritto al risarcimento del danno da perdita di "*chance*" per mancato conferimento di
3223 incarico dirigenziale, è ammissibile la liquidazione equitativa, sicché il risarcimento può essere
3224 quantificato in una percentuale del trattamento retributivo spettante al dirigente, commisurata al
3225 grado di probabilità di ottenimento dell'incarico stesso, tenuto conto dell'esperienza professionale
3226 del dirigente e del numero di incarichi conferitigli in precedenza senza valutazione comparativa.

3227 **Cass., sez. lavoro, 15 maggio 2015, n. 10030**

3228 La giurisprudenza di questa Corte ha affermato, in ordine alla perdita di *chance*, che, al fine della
3229 liquidazione del danno patrimoniale da perdita di *chance*, la concreta ed effettiva occasione perduta
3230 di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé
3231 stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve tenere
3232 conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto.

3233 Nel caso, come sopra detto, le ricorrenti hanno dimostrato, pur in modo presuntivo o secondo un
3234 calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato
3235 sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile è conseguenza immediata e
3236 diretta (Sez. L, Sentenza n. 21544 del 12/08/2008; Sez. 3, Sentenza n. 1752 del 28/01/2005).

3237 Il datore di lavoro è dunque tenuto, in presenza di perdita di *chances* del suo dipendente, a risarcirgli
3238 i danni patrimoniali, quantificabili sulla base della percentuale di probabilità che il lavoratore aveva

3239 di risultare vincitore qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente
3240 (Sez. L, Sentenza n. 11522 del 19/11/1997, ed altre successive conformi).

3241

3242 *3.1.5.3. Il periodo di riferimento per la stima del danno*

3243 **Cass., Sez. VI, 14 maggio 2018, n. 11590**

3244 La giurisprudenza di legittimità si è occupata tradizionalmente della posizione del promittente
3245 compratore che lamenti un danno a causa del comportamento del venditore individuando i parametri
3246 di riferimento in tema di risarcibilità del danno [...]. In materia di contratto preliminare, il
3247 risarcimento del danno, imputabile al promittente venditore per la mancata stipulazione del contratto
3248 definitivo di vendita di un bene immobile, si liquida nella misura pari alla differenza tra il valore
3249 commerciale del bene medesimo, al momento in cui l'inadempimento è divenuto definitivo, ed il
3250 prezzo pattuito (Sez. 3, Sentenza n. 22979 del 11/11/2015, Rv. 638104-01) ovvero consiste nella
3251 differenza tra il valore commerciale del bene medesimo al momento della proposizione della
3252 domanda di risoluzione del contratto (cioè, al tempo in cui l'inadempimento è diventato definitivo)
3253 ed il prezzo pattuito (Sez. 2, Ordinanza n. 28375 del 28/11/2017 (Rv. 646341-01) - Sez. 3, Sentenza
3254 n. 22384 del 29/11/2004, Rv. 5.78704-01).

3255 **Cass., Sez. II, 09 maggio 2014, n. 10188**

3256 In tema di inadempimento contrattuale il risarcimento riveste e svolge funzione sostitutiva della
3257 prestazione mancata e gli effetti della situazione pregiudizievole permangono sino a che il danno non
3258 sia stato risarcito, ossia alla data della sentenza, se la riparazione sia stata richiesta al giudice; pertanto,
3259 il pregiudizio derivante dalla mancata acquisizione di un bene deve essere risarcito con la prestazione
3260 del suo equivalente in denaro, determinato con riferimento al momento in cui viene operata la
3261 liquidazione.

3262