2026

La valutazione dei danni connessi ad attività economiche

Discussion Paper n. 1/2026

Organismo Italiano di Valutazione

Sommario

1. Le linee guida per le analisi economiche 3

1.1 La verifica economica dell'esistenza di un danno 3

1.1.1. Cosa si intende per causalità economica del danno? 3

1.1.2. I due problemi principali da affrontare nell'analisi di causalità economica 6

1.1.3. Probabilità logica induttiva o determinazione quantitativo-statistica? 7

1.1.4 Interesse positivo e interesse negativo 7

1.1.5. Gli effetti economici attribuibili all'evento dannoso. 21

1.1.6 Gli effetti consequenziali da considerare nella stima del danno 23

1.1.7 Il periodo di riferimento di stima del danno 23

1.2 Le metodiche di analisi economica per la valutazione dei danni 24

1.2.1 La logica generale dell'analisi differenziale 24

1.2.2. L'applicazione dell'analisi differenziale nella stima dei danni associati ad operazioni economiche 24

1.2.3 L'analisi differenziale nel caso delle lesioni di natura essenzialmente patrimoniale 26

1.2.4 L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario economico 28

1.2.5. L'analisi differenziale nel caso della compromissione di uno scenario economico virtuale 31

1.2.6 La determinazione del tasso per l'attualizzazione dei flussi differenziali distribuiti nel tempo. 35

1.3 Gli strumenti per la convalida delle analisi economiche 36

1.3.1 Considerazioni introduttive 36

1.3.2 Considerazioni sul requisito della dimostrabilità 37

1.3.3 Il contesto delle analisi 38

1.3.4 Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legati a fattori macroeconomici o a parametri di settore 39

1.3.5 Le tecniche utilizzate in presenza di situazioni nelle quali i risultati aziendali dipendono principalmente dal patrimonio di beni intangibili. 40

1.3.6 Le tecniche utilizzabili quando i risultati sono legai all'assetto competitivo 40

1.3.7 Le tecniche per trattare l'incertezza nel contesto della quantificazione dei danni in campo aziendale 41

1.3.8 La tecnica dell'*event study* per la stima di danni patiti da società quotate in borsa. 42

2. Appendice giuridica 44

2.1 I principi giuridici per la liquidazione dei danni. Danno contrattuale ed extracontrattuale: principi comuni 44

2.1.1 I titoli giuridici per il riconoscimento di un danno risarcibile 44

2.1.2 La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni 45

2.1.3. La responsabilità extracontrattuale. 48

2.1.4. La teoria del danno 53

2.1.5. La componente del danno risarcibile 64

2.1.6 La determinazione del danno 71

2.1.7. Il dovere del creditore di evitare il danno 73
2.1.8 La quantificazione del danno 76
3 Appendice giurisprudenziale 80
3.1. Causalità materiale, giuridica, economica del danno 80
3.1.1 Causalità materiale e giuridica 80
3.1.2 Causalità giuridica e causalità economica: il dovere di mitigare il danno 81
3.1.3 La causalità economica: il danno contrattuale tra interesse positivo e interesse negativo 82
3.1.4. Gli effetti economici dell'evento dannoso 82
3.1.5. Gli effetti consequenziali nella stima del danno 83

Richiamo di attenzione

Il presente documento non tratta del tema della stima delle passività potenziali ai fini contabili (OIC 31 e IAS 37), i cui criteri sono stabiliti dai rispettivi principi. In nessun modo il contenuto di questo documento può essere utilizzato per interpretare i principi contabili richiamati, che seguono criteri 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 risarcimento[1]. 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.

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

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

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

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

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

Analizziamo brevemente questi aspetti.

Causalità

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

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

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

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

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

Rischi

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

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

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

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'inadempienza 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).

1.1.3. Probabilità logica induttiva o determinazione quantitativo-statistica?

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

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

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

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

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

1.1.4 Interesse positivo e interesse negativo

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

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

a) inadempienza contrattuale (*breach of contract*) o;

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

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

Il riquadro 1 riporta un semplice esempio di interesse contrattuale positivo e di interesse contrattuale negativo.

Riquadro 1. Esempi di interesse contrattuale positivo e di interesse contrattuale negativo.

Nella valutazione dei danni da inadempimento contrattuale, è importante distinguere tra interesse contrattuale positivo e interesse contrattuale negativo. La differenza fondamentale è

questa:

- Interesse positivo: mette il creditore nella situazione economica in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato correttamente eseguito.

- Interesse negativo: mette il soggetto nella situazione economica in cui si sarebbe trovato se non avesse fatto affidamento sulla conclusione o sulla validità del contratto.

1. Interesse contrattuale positivo (Esempio)

Tizio stipula un contratto con Caio per acquistare un macchinario al prezzo di 10.000 €.

Caio non consegna il macchinario. Tizio è quindi costretto ad acquistare lo stesso macchinario da un altro fornitore, pagando 13.000 €.

Il danno risarcibile è di 3.000 €, cioè la differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivamente sostenuto.

Questo è un esempio di interesse positivo perché il risarcimento mira a mettere Tizio nella situazione in cui si sarebbe trovato se Caio avesse adempiuto.

L'interesse positivo comprende:

- Danno emergente: perdita economica effettivamente subita.

- Lucro cessante: guadagno che il creditore non ha potuto conseguire a causa dell'inadempimento.

2. Interesse contrattuale negativo (Esempio)

Tizio avvia una trattativa con Caio per acquistare un immobile.

Confidando nella conclusione del contratto, Tizio sostiene 2.000 € di spese per consulenze tecniche e legali.

Caio interrompe ingiustificatamente le trattative, violando il dovere di buona fede.

Tizio può chiedere il risarcimento dei 2.000 € spesi inutilmente. Inoltre, se dimostra di aver perso un'altra concreta occasione contrattuale vantaggiosa, può chiedere anche il risarcimento del danno derivante dalla perdita di tale opportunità.

Questo è un esempio di interesse negativo perché si risarcisce il danno derivante dall'aver confidato inutilmente nella conclusione del contratto, non il guadagno che sarebbe derivato dalla sua esecuzione.

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

In tutti i casi:

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 torto[2], 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 inadempiente[3]);

3. in terzo luogo è necessario considerare i costi ed i benefici dell'azione di mitigazione che il danneggiato ha intrapreso[4] 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 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

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

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 variabili[5]);

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 informativi[6]);

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 subìto 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). Naturalmente ciò al di fuori dei casi di inadempimento contrattuale nei quali deve sempre essere adottata la prospettiva ex ante.

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

È 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'adeguata dimostrazione della relazione di causa ed effetto fra il torto lamentato ed il danno effettivamente subìto.

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 (dove una semplice analisi di causalità materiale sarebbe sufficiente), ma occorre invece

[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

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 limitandosi a 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'*an debeatur* 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* assumption *in merito ai ricavi incrementali persi ed ai 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 sottostimi 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 perdita dell'occasione di vendere il bene al tempo del suo maggior valore);

c) come evitare duplicazioni nella stima del danno (commistioni di danno risarcibile da interesse positivo e da interesse negativo, quale il caso in cui si considerino le spese già sostenute nella stima dell'interesse positivo[7]) o come evitare di considerare gli effetti che invece debbono essere trascurati (tipicamente i benefici realizzati dal creditore mediante acquisto sostitutivo del bene che non gli è stato consegnato dal venditore inadempiente[8]);

d) come isolare gli effetti negativi della condotta (commissiva od omissiva) dalle conseguenze di altre circostanze ed eventi (precedenti, contestuali o successivi);

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

a) l'eventuale trasferimento (parziale o totale) a terzi del danno;

b) l'eventuale presenza di danni indiretti (quando il debitore è chiamato a rispondere a titolo contrattuale nei confronti di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, ma che ha un interesse concreto all'esatto adempimento della prestazione);

c) i *driver* della lesione (ovvero le variabili economiche responsabili della lesione);

d) la durata (ovvero il periodo lungo il quale) si manifesta il danno;

e) la presenza o meno di azioni di prevenzione e di mitigazione dei rischi;

f) la presenza di situazioni atipiche o abnormi;

g) la consequenzialità degli eventi rilevanti.

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

a) la data in cui è sorta l'obbligazione;

b) la data in cui deve essere eseguita l'obbligazione o si è verificato l'atto illecito extracontrattuale[9];

c) la data in cui si sono esaurite le conseguenze negative dell'inadempimento o dell'illecito extracontrattuale.

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

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

[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*).

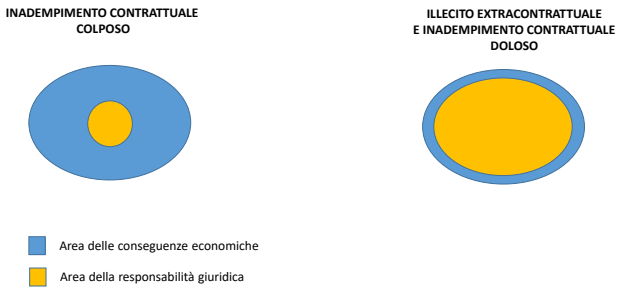
verificato l'illecito.

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:

a) 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 subìto. 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 inadempiuto 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'inadempienza 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, elevata probabilità) o se si preferisce occorre che l'inadempimento o l'illecito sia una causa certa 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[10].

Dunque, la "probabilità" lavora diversamente a livello di:

[10] Si richiama la sentenza della Cassazione civile, sez. III, 8 novembre 2007, n. 23304 "*Occorre pertanto che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano, in termini di lucro cessante o in perdita di chances, in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece – anche semplicemente in considerazione dell'id quod plerumque accidit – connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità*"

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 subìto, 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 responsabilità da fatto illecito.

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

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

a) l'analisi dei fatti (le evidenze), che normalmente costituisce la presentazione introduttiva all'analisi economica vera e propria;

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

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

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

a) la maggiore frequenza di incidenti realizzati da giovani neopatentati;

b) l'elevata frequenza di incidenti analoghi già avvenuti in quel tratto di strada da quando è dissestata a prescindere dall'età del guidatore;

c) l'inadeguatezza dei pneumatici al percorso accidentato segnalato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Gli effetti consequenziali che devono o che non devono essere considerati nella stima 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 subìto 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 <u>inadempimento contrattuale</u>:

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 <u>illecito extracontrattuale:</u>

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.

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

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

a) l'esposizione dell'impresa all'evento dannoso che rileva ai fini della stima del danno risarcibile;

b) gli eventi diversi dall'evento dannoso (le concause) che hanno lenito o aggravato le conseguenze dell'evento dannoso.

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

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

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

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

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

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

1.1.6 Gli effetti consequenziali da considerare nella stima del danno

La stima del danno deve considerare le normali azioni di mitigazione che il danneggiato avrebbe potuto intraprendere anche quando non sono state effettivamente intraprese. Tuttavia, occorre ribadire che l'obbligo di mitigazione non ne presuppone il successo. Se la (tentata) mitigazione genera più costi che benefici per cause oggettive, essa aggrava il danno risarcibile.

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

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

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

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

1.1.7 Il periodo di riferimento di stima del danno

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

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

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

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

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

1.2.1 La logica generale dell'analisi differenziale

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

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

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

Il principale ostacolo all'applicazione della logica differenziale è rappresentato dall'abitudine a ragionare secondo i canoni del *calcolo di competenza*, che vorrebbero veder attribuiti ad ogni operazione aziendale tutti gli impieghi di risorse compiuti in sua funzione, come pure tutti i benefici ad essa legati da un rapporto causale. Questi criteri, anche se soddisfano le esigenze delle elaborazioni compiute dalla contabilità analitica, soprattutto a scopo di controllo consuntivo, raramente sono compatibili con le regole del calcolo differenziale[11].

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

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

a) la *situazione effettiva* che presenta il soggetto in ipotesi danneggiato (eventualmente rettificata per tenere conto degli interventi di mitigazione del danno ragionevolmente possibili e quindi dovuti);

b) la *situazione rivendicata*, che può assumere contorni diversi.

[11] 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.

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

La richiesta di risarcimento può in concreto fare appello:

b_1) alla situazione preesistente all'atto ritenuto lesivo;

b_2) alla situazione attesa, sulla base di aspettative considerate normali;

b_3) alla situazione attesa, sulla base di linee di condotta operativamente definite;

b_4) alla situazione attesa, sulla base di un programma virtuale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) costi diretti connessi alla manifestazione dei vizi della fornitura
   - costi di gestione dei rapporti problematici;
   - collaudi supplementari e penali per malfunzionamento applicate dal committente in sede di consegna delle opere

b) costi incrementati dovuti alla maggior durata del cantiere
   - costi di struttura del cantiere – legati al tempo – sostenuti per i mesi di estensione (al netto dei ritardi dovuti ad altre cause);
   - oneri finanziari diretti dovuti al ritardato incasso dei corrispettivi pattuiti con la società elettrica committente (al netto dei ritardi dovuti ad altre cause);
   - costi amministrativi e finanziari supplementari sostenuti dall'ATI appaltante sempre per il protrarsi del cantiere e dell'investimento in corso (limitatamente ai costi correlati al tempo e per il periodo di ritardo specificamente imputabile)

c) oneri causati alla società elettrica committente:
   - perdita di produzione dovuta al ritardato ingresso in attività della centrale;
   - maggiori costi di struttura della centrale sostenuti sempre per il ritardato inizio dell'attività.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) ***Lucro cessante***

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

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

b) ***Danno emergente***

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

c) ***Perdita di chance***

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

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

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

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

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

a) i *costi iniziali* (non ricorrenti) da sostenere per acquisire il contratto e per porre le premesse di un efficace svolgimento del rapporto;

b) i *benefici netti incrementali* annui conseguibili nel periodo di durata del rapporto, misurati dalla differenza fra ricavi e costi addizionali (ricorrenti) dovuti allo svolgimento delle operazioni previste dal contratto;

c) *gli oneri di fine rapporto,* destinati a manifestarsi appunto alla conclusione del contratto (il cui rinnovo non è garantito).

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

1) dai costi connessi all'acquisizione del contratto, in parte di carattere interno ed in parte dovuti all'utilizzo di servizi esterni (in particolare legali);

2) dai costi, non di natura ricorrente, da sostenere per mettere l'organizzazione del distributore in grado di far fronte ai nuovi impegni: ne sono esempio gli eventuali oneri straordinari di impianto o di adeguamento della rete commerciale;

3) dai costi di lancio, dovuti alla campagna promozionale di esordio.

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

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

I costi differenziali comprendono:

l) i costi speciali dovuti alla particolare iniziativa, e dunque ad essa direttamente imputabili;

2) i costi variabili di distribuzione sostenuti dal distributore, tratti dalla sua esperienza storica;

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

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

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

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

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

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						

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				

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

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

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

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

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

1) l'appesantimento degli oneri in parola, per la maggior difficoltà di gestire, senza preavviso, i fenomeni che danno loro luogo;
2) l'anticipazione degli oneri medesimi nel tempo, con un aggravio della loro incidenza in termini di valore attuale.

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

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

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

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

il quale il contratto avrebbe dovuto continuare a produrre i suoi effetti;

b) gli eventuali eccessi di costi di struttura, in senso largo, che il distributore ha dovuto sopportare dopo l'interruzione del rapporto, in attesa di poter materialmente attuare le necessarie misure di ridimensionamento;

c) gli eventuali fattori di aggravio degli oneri terminali dovuti alla cessazione repentina del rapporto, rispetto all'ipotesi di una normale conclusione del medesimo; fra questi è da includere anche la mera anticipazione nel tempo degli oneri stessi, con un evidente danno finanziario.

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

1) i mancati ricavi, da stimare in base alla quota di mercato ottenibile dal distributore ed alla domanda complessiva del farmaco;

2) i costi diretti variabili dovuti alla linea di prodotti di cui trattasi, la cui incidenza può essere stimata senza eccessivi problemi in base ai dati storici disponibili; tali costi per definizione possono essere evitati quando vengono a mancare le vendite;

3) la parte risparmiabile dei costi comuni, in seguito al necessario ridimensionamento delle strutture per renderle compatibili con il quadro operativo conseguente alla perdita di un significativo volume di attività (fatti salvi gli eventuali effetti inerziali di cui si è detto con riferimento al punto b).

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

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

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

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

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

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

Il percorso valutativo si svolge come segue:

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

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

   - dei prezzi riconosciuti dal GSE (Gestore Servizi Energetici) sia per l'energia prodotta che per i "*certificati verdi*", tenendo conto delle previsioni documentate di riduzione degli incentivi pubblici;
   - dei costi operativi e dei costi degli investimenti risultanti dall'esame dei bilanci di società confrontabili (in parte dalle offerte già disponibili dei costruttori);
   - degli impieghi in capitale circolante pure risultanti dall'esame di società confrontabili;
   - della struttura finanziaria e delle condizioni dei finanziamenti mostrati dalle aziende del settore, in coerenza con gli impegni di capitalizzazione assunti dai *partner*.

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

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

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

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

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

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

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

a) durata dell'ipotetica iscrizione nella categoria SOA superiore (è infatti emerso che si sarebbe trattato di un triennio soltanto);

b) numero di bandi, utili per Alfa, emessi nel periodo;

c) dimensione media delle commesse bandite;

d) probabilità di vittoria dimostrata da Alfa nella sua recente esperienza di partecipazione a gare;

e) marginalità media conseguita da Alfa in altri appalti confrontabili, ai fini della determinazione del probabile lucro cessante.

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

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

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

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

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

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

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

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

c) ***Ingiusto arricchimento***

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

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

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

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

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

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

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

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.

1.3 Gli strumenti per la convalida delle analisi economiche

1.3.1 Considerazioni introduttive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In particolare quindi nelle proprie ricostruzioni l'esperto deve:

a) in primo luogo, rispettare requisiti di coerenza esterna ed interna, che saranno di seguito discussi;

b) in secondo luogo, raccordare nei limiti del possibile le proprie ricostruzioni a oggettivi *drivers* di mercato.

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

- grandezze macroeconomiche e macro finanziarie;
- grandezze riguardanti l'andamento del settore;
- grandezze riferibili ai *competitor* e via dicendo.

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

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

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

1.3.2 Considerazioni sul requisito della dimostrabilità

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.3 Il contesto delle analisi

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

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

a) le situazioni nelle quali i risultati (passati o attesi) sono legati principalmente alla dinamica di fattori macroeconomici;

b) le situazioni nelle quali i fattori distintivi di successo sono costituiti dalla dotazione di risorse immateriali (legate al *marketing*, alla tecnologia o al capitale umano);

c) le situazioni nelle quali gioca un ruolo fondamentale l'assetto competitivo (in altri termini, le situazioni nelle quali i risultati conseguibili dipendono fortemente dai comportamenti e dalle politiche dei concorrenti).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Illustriamo ora un esempio di analisi di regressione
Un'impresa operante negli Stati Uniti nel settore dairy, in seguito ad una fornitura di materiali di confezionamento che non rispettavano le specifiche tecniche richieste, ha dovuto ritirare dal mercato un ingente quantitativo di prodotti freschi confezionati subendo un danno d'immagine che si è tradotto in una significativa riduzione del fatturato.
Il problema consiste quindi nella ricostruzione ex post della dinamica del fatturato in assenza dell'evento che ha prodotto il danno.
L'esperto ha proceduto nei termini seguenti:
- ha determinato per i 5 anni precedenti l'evento l'indice di correlazione lineare tra il fatturato aziendale per la specifica categoria di prodotti e il valore delle vendite complessive di prodotti analoghi rilevate con riferimento agli Stati dell'Unione nei quali venivano distribuiti i propri prodotti;
- in base alla predetta analisi l'esperto ha rilevato che l'indice di correlazione aveva un'elevata significatività statistica;
- in base alle informazioni precedenti, il fatturato in assenza dell'evento che ha prodotto il danno è stato quindi stimato applicando al fatturato aziendale pre-evento dannoso, il medesimo tasso di crescita del settore di riferimento osservato fino al momento dell'analisi;
- l'esperto ha quindi stimato il fatturato differenziale anche per il biennio successivo utilizzando le previsioni di crescita desunte da una banca-dati specializzata.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tali tecniche sono costituite principalmente:

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

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

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

La costruzione di scenari alternativi costituisce invece la tipica tecnica utilizzabile qualora il danno debba essere stimato in termini probabilistici.[12]

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

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

Segue un breve esempio di *Scenario Analysis:*

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

[12] 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.

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

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

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

- *nel primo scenario i flussi di risultati perduti vengono calcolati esclusivamente con riferimento a versioni semplificate dei giochi elettronici;*
- *nel secondo scenario invece si assume che l'azienda sia in grado di sviluppare anche versioni più complesse e di seguire in tal modo il trend di rapida crescita del settore.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Appendice giuridica

2.1 I principi giuridici per la liquidazione dei danni. Danno contrattuale ed extracontrattuale: principi comuni

2.1.1 I titoli giuridici per il riconoscimento di un danno risarcibile

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.

Il rimedio previsto dall'ordinamento in entrambe le ipotesi si configura nel risarcimento del danno. L'unicità del rimedio, tuttavia, non fa venir meno la diversità del fatto generatore della responsabilità che:

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

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

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:

i) nella diversa distribuzione dell'onere della prova;

ii) nel differente termine prescrizionale del diritto al risarcimento;

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 abnormi[13].

Bisogna infine accennare alla possibilità di concorso tra i due tipi di responsabilità fin qui descritti e, dunque, di cumulo delle relative azioni[14]. Una simile ipotesi si verifica allorquando un medesimo fatto costituisca allo stesso tempo inadempimento di una obbligazione nonché violazione del generico dovere del *neminem laedere*.

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"[15].

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-

[13] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 178.

[14] Il riferimento è al concorso c.d. proprio, che ricorre allorquando 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.

[15] Cass. 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".

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

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

2.1.2 La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni

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

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

L'inadempimento, comunque configurato[16], determina l'insorgere di un obbligo risarcitorio a condizione che sia imputabile al debitore. L'art. 1218 c.c., norma cardine del sistema della responsabilità contrattuale, invero, assoggetta il debitore all'obbligazione risarcitoria laddove non dimostri che «l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

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

a) la mancata esecuzione della prestazione e

b) l'imputabilità dell'inadempimento al debitore.

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

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

oggettivo, che prescinda dalla sua condotta diligente, oppure

soggettivo ancorato a sua colpa.

2.1.2.1 Concezione oggettiva

La concezione oggettiva dell'imputabilità ritiene che in caso di inadempimento il debitore è sempre chiamato a rispondere delle conseguenze negative subite dal creditore, indipendentemente dal suo stato di colpa[17].

---

[16] 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.

[17] 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.

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

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

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

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

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

2.1.2.2. Concezione soggettiva

Altra impostazione, invece, ricostruisce il sistema della responsabilità da inadempimento attorno ad un criterio di imputazione soggettivo costituito dal dovere di diligenza il quale viene in rilievo non solo come misura dell'adempimento, ovverosia come criterio per l'individuazione della prestazione, ma anche come parametro per la valutazione dell'inadempimento[18].

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

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

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

ii) la non imputabilità a sé di quel fatto.

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

2.1.2.3. Le conseguenze operazionali delle due teorie

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

[18] 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Talvolta, infatti, la prova di un comportamento diligente del debitore risulta sufficiente perché questi non sia assoggettato all'obbligo risarcitorio: indipendentemente dalla dimostrazione della causa dell'impossibilità si afferma che il debitore possa andare esente da responsabilità semplicemente dimostrando che, qualunque sia l'evento impeditivo, non è a lui imputabile date le condizioni di prudenza che hanno informato il suo comportamento[19].

Talaltra, invece, la dimostrazione di un comportamento diligente non è sufficiente ad esonerare il debitore dall'obbligazione risarcitoria restando a suo carico il rischio della causa ignota dell'impossibilità[20].

---

[19] 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.

[20] 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*

2.1.3. La responsabilità extracontrattuale.

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

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

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

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

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

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

2.1.3.1. La struttura del fatto illecito.

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

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

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

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

   b) nel fatto materiale (c.d. fatto illecito in senso stretto), il quale ricorre quando l'evento produttivo 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.

Es. Lo smottamento di un terreno che determina il crollo di un capannone industriale è un fatto illecito in senso stretto. In tali casi, il fatto naturale viene imputato ad un determinato soggetto in considerazione del particolare legame intercorrente fra questi e il fatto medesimo[21].

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

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

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

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

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

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

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

Mentre, il danno ingiusto si concreta nella lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione, ossia l'evento lesivo che integra la fattispecie dell'illecito; il danno è l'effetto economico negativo, cioè la «complessiva rilevanza economica dell'evento lesivo nella sfera del danneggiato»[22].

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

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

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

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

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

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

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

Il danno ingiusto, quindi, consiste nella «lesione di un interesse che l'ordinamento tutela nei confronti della generalità dei consociati, ossia la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione»[23].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nelle applicazioni giurisprudenziali, ancora dominante, è il riferimento alla teoria della *condicio sine qua non* secondo cui un evento può essere considerato causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo. Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p. – in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale – trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal secondo comma della stessa norma, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto[24].

Ad ogni modo, all'interno delle serie causali così determinate occorre dare rilievo solo a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento non appaiano del tutto inverosimili, ma che, al contrario, si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o della regolarità causale[25].

L'applicazione della teoria della regolarità causale consente di affermare che ciascuno può essere considerato responsabile solo 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.

Sotto il profilo dell'accertamento del nesso di causalità, invece, la giurisprudenza di legittimità è ormai ferma nel ritenere che non sia necessario un accertamento aldilà di ogni ragionevole dubbio e, quindi, ottenuto a seguito dell'applicazione del parametro della razionalità logica o razionale. Nella responsabilità civile, invero, non sussistono le medesime esigenze sottese alla *rationes* del diritto penale e, conseguentemente, si ritiene sufficiente l'applicazione della regola del "più probabile che non"[26].

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

[24] Così Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 581.
[25] Così Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 576.
[26] Cfr., ancora, Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 581.

non può limitarsi ad un'analisi di correlazione fra fatto illecito e conseguenze, in quanto la correlazione può dipendere da molti fattori anche diversi dall'evento dannoso[27].

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

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

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

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

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

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

2.1.3.2 Fatto illecito e attività societaria

Talune disposizioni in materia di disciplina delle società per azioni sono riconducibili al campo aquiliano[28].

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

[27] M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 890 ss.
[28] M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 369 ss.

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

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

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

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

Questo fatto integra un danno per la società in sé, oltre che per i creditori anteriori, e determina – siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti- l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in via solidale (art. 2055 c.c.), giacché gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità sono correlabili alla *mala gestio* degli amministratori di cui le banche si siano rese compartecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli[29].

La giurisprudenza di merito[30] ha poi individuato ulteriori ipotesi di fatti illeciti che possono causare la perdita dell'azienda con conseguente fallimento dell'impresa che di seguito si riportano:

1. L'illecita concessione di credito bancario al fine di mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta che suscita nel mercato la falsa opinione che si tratti di impresa economicamente valida. Ciò può dare luogo ad eventi pregiudizievoli per il patrimonio del soggetto finanziato, ulteriori rispetto a quelli tipici che colpiscono solitamente i terzi i quali, ingannati dalla suddetta apparenza, contrattino o continuino a contrattare con la società.
2. L'illecito penale di bancarotta fraudolenta per distrazione compiuto dai soci «di fatto» che amministrano un gruppo di società poi fallite il quale costituisce anche violazione dei doveri che incombevano sugli stessi quali amministratori delle società fallite. Primo fra tutti quello inerente alla conservazione del patrimonio sociale, dovere che viene certamente violato quando gli amministratori effettuano consistenti distrazioni di denaro così cagionando una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la funzione di garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.

2.1.4. La teoria del danno

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

[29] Cass. 20 aprile 2017, n. 9983.
[30] Trib. Messina, 2 settembre 2008.

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

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

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

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

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

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

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

Ora, considerato che per definizione l'inadempimento del contratto interrompe un programma prospettico, generatore di ricchezza maggiore rispetto alla posizione iniziale di entrambe le parti (un miglioramento paretiano), programma sul quale la parte adempiente ha fatto affidamento, è evidente come, in termini generali, il risarcimento del danno miri a collocare la parte adempiente sulla stessa curva d'indifferenza su cui sarebbe stata se l'adempimento si fosse verificato[31].

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

La concezione di danno, pertanto, non può che essere patrimoniale concretandosi nel «pregiudizio economico che si riflette in una effettiva diminuzione del patrimonio del creditore-danneggiato ed il valore che presenterebbe, se l'obbligazione fosse stata tempestivamente ed esattamente adempiuta o il fatto dannoso non si fosse verificato: il danno non è la distruzione di una cosa o la perdita di utilità o di godimento, ma la differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe trovato se il fatto in questione non si fosse verificato»[32].

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

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

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

[31] Si v. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 83 ss.
[32] Cass. 18 luglio 1989, n. 3352, in Foro It., 1990, I, 1933.

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

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

Si consideri, ad es., che prezzo pattuito sia 1000, che il valore di mercato al momento della consegna sia 1100 e che il compratore riesca a procurarsi, successivamente, il bene ad un prezzo di 900. In tale caso la differenza tra prezzo di mercato al momento della consegna e prezzo convenuto (1100 – 1000 = 100) costituisce il danno mimino risarcibile per il compratore essendo irrilevante che sia riuscito ad acquistare il bene al prezzo di 900. Il venditore inadempiente, invero, non può dimostrare che l'acquisto al prezzo di 900 ha eliso il danno da inadempimento, in quanto non può beneficiare degli effetti positivi che il creditore ha conseguito mediante l'acquisto sostitutivo. Se il debitore avesse adempiuto, il creditore avrebbe potuto rivendere al prezzo di 1100 quanto acquistato a 1000, realizzando un utile di 100[33]*. Considerato, però, che il debitore non ha adempiuto, il medesimo risultato che il creditore avrebbe potuto trarre dal corretto adempimento, è raggiungibile mediante un risarcimento pari alla differenza tra prezzo convenuto e prezzo di mercato.*

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

2.1.4.1 Interesse contrattuale positivo

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

Alla determinazione dell'interesse positivo può arrivarsi attraverso una sottrazione: secondo la *Differenzhypotese*, si deve confrontare il patrimonio della parte adempiente qual è (minuendo) e quello che sarebbe stato in presenza dell'adempimento (sottraendo)[34].

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

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

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

[34] 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 (ciò, ad esempio, avviene utilizzando il metodo di contribuzione).

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

2.1.4.2. Interesse contrattuale negativo

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

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

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

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

b) dall'altro, se è vero che in un mercato perfettamente concorrenziale, tendenzialmente, interesse positivo ed interesse negativo coincidono, in quanto il lucro derivante gli affari perduti dovrebbe garantire al creditore un utile non diverso da quello conseguibile attraverso l'adempimento del contratto concluso; è altrettanto vero che in un mercato meno concorrenziale e trasparente tale equivalenza deve escludersi ed interesse positivo e interesse negativo divergono[35].

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

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

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

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

Nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento, invero, non è condiviso unanimemente che il contraente risolvente abbia diritto al risarcimento dell'interesse positivo, occorre quindi verificare se, in via alternativa o esclusiva, può essere domandato il risarcimento dell'interesse negativo[36].

---

[35] 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 attività[35].

[36] 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

Da questo punto di vista, la possibilità che il creditore venga a trovarsi, mediante il ristoro dei danni, nella stessa situazione in cui sarebbe stato se non avesse contrattato, viene ricollegata alle conseguenze proprie del rimedio risolutorio il quale, salvo il caso di contratti ad esecuzione periodica e continuata, determina la caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto. La retroattività del rimedio laddove pone le parti nella stessa situazione esistente prima della contrattazione giustifica, secondo questa impostazione, un risarcimento diretto a ricostituire esclusivamente la situazione patrimoniale anteriore alla stipulazione del contratto, impendendo perciò al creditore di incamerare a titolo di risarcimento l'insieme delle utilità che avrebbe tratto dall'adempimento[37].

Sotto altro profilo, la possibilità che il contraente opti per il risarcimento dell'interesse negativo in via alternativa a quello positivo è argomentata dal fatto che la risoluzione del contratto causata dall'inadempimento rende inutili le spese che il contraente deluso ha sostenuto in vista della contrattazione e della sua esecuzione, con la conseguenza che il danno non deriva dal mancato adempimento della prestazione in quanto tale, ma dall'aver reso superfluo l'impegno economico profuso per il corretto svolgimento dell'operazione[38].

2.2.2 Le conseguenze pratiche volte alla risarcibilità dell'interesse negativo

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

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

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

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

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

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

[37] 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.

[38] 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.

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

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

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

In caso di inadempimento, l'interesse positivo ammonta a 20, ossia alla differenza tra prezzo convenuto (100) e prezzo di mercato al momento della consegna (120). L'interesse negativo, invece, è pari a 40, ossia alla differenza tra prezzo di mercato al momento della consegna (120) e prezzo dell'occasione perduta, ossia reperire sul mercato il bene ad un prezzo inferiore (80)[39].

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

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

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

Tuttavia, laddove il contratto sia diretto alla soddisfazione di interessi non patrimoniali o non sia possibile dimostrare l'ammontare dell'interesse positivo, riferirsi all'interesse negativo appare giustificato perché consente al creditore la refusione dei costi sostenuti in funzione dell'adempimento [40].

2.1.4.5 Le restituzioni.

Alla scelta di considerare risarcibile l'interesse positivo o l'interesse negativo si accompagnano, in ogni caso, una pluralità di interrogativi[41]:

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

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

iii) se il danneggiato possa chiedere di vedersi attribuiti anche i profitti che il debitore inadempiente ha conseguito (secondo il modello americano del *disgorgement*[42]).

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

[39] L'esempio è tratto da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 100.
[40] V. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 938.
[41] 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.
[42] Sull'argomento v. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. Disgorgement v. punitive damages, Bari, 2012.

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

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

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

Se, invece, opta per la risoluzione, il risarcimento deve essere ridotto di una misura pari al valore della sua prestazione che non è più tenuto a compiere o, se già effettuata, che gli sarà restituita. Tornando all'esempio, il creditore non avrà diritto a 1400, ma solo a 400 e, cioè, alla differenza tra risarcimento in caso di manutenzione del contratto (1400) e valore della prestazione corrispettiva (1000)[43].

ii) L'incidenza della restituzione sul *quantum debeatur* non è in discussione. Le incertezze sorgono, in realtà, in merito ai frutti e agli interessi maturati sulle prestazioni eseguite prima della pronuncia di risoluzione[44]. In linea generale, in applicazione delle norme generali sull'indebito (2033 c.c.), la prestazione viene restituita maggiorata degli interessi maturati con decorrenza dalla data di pagamento[45].

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

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

Ove la prestazione sia stata solo parzialmente eseguita il creditore può scegliere di esercitare, oltre all'azione di esatto adempimento e di risoluzione, anche l'azione *quanti minoris* quando, ad es., l'inadempimento non sia grave e non vi sia interesse al completamento della prestazione[46].

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

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

Se, invece, il prezzo convenuto è superiore al prezzo di mercato, è escluso che residui un danno a seguito della riduzione del prezzo. Si pensi al caso in cui un bene venga venduto per 1000, il cui prezzo di mercato si 800 e, al momento della consegna, presenta vizi tali che rendono il suo valore di mercato pari a 400. Il danno, dunque, ammonta a 400, perché se il contratto fosse stato correttamente adempiuto l'interesse positivo, ai valori di mercato, sarebbe stato 800. In tale caso, la riduzione del prezzo convenuto del 50% determina il diritto per il compratore ad ottenere 500, cioè una somma superiore della voce di danno commisurata al valore di mercato della prestazione difettosa[47]. Ne

[43] Entrambi gli esempi sono tratti da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 92.
[44] Sulle varie teorie in argomento v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 944 ss.
[45] G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 944.
[46] V., ad es., art. 1492 c.c. in tema di compravendita e art. 1668 c.c. in tema di appalto.
[47] Entrambi gli esempi sono tratti da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 97.

consegue che la restituzione del prezzo ridotto – in caso di sovraprezzo rispetto al valore di mercato del bene – ha effetto assorbente rispetto all'ammontare del danno.

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

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

Nel primo caso, la dottrina ha evidenziato come non vi siano ragioni per limitare il risarcimento al profitto del debitore in quanto, oltre alle difficoltà probatorie, commisurare il risarcimento a tale valore significherebbe rendere per il debitore indifferente adempiere o non adempiere, mentre la responsabilità deve svolgere una funzione di incentivo all'adempimento proporzionata alla misura dell'interesse positivo[48].

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

Queste premesse trovano accoglimento nel dato positivo: l'art. 1218 c.c., infatti, limita il risarcimento al solo danno subito dal creditore[49].

Detto allora che nel nostro ordinamento non esiste un generale rimedio recuperatorio degli arricchimenti ingiusti[50], il problema si accentua qualora venga leso non un bene materiale ma un diritto che abbia ad oggetto un bene "immateriale" da cui si traggono utili. A essere leso è quindi il correlativo potere di disposizione della cosa come avviene in tutti i casi in cui vi è una "ingerenza" giuridica nel diritto altrui. Sul punto, nell'ambito della proprietà industriale, è previsto un rimedio *ad hoc*.

Si allude all'art. 125, comma 3, del D. lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale). A fronte della lesione consistente nell'ingerenza nel potere di disposizione, il legislatore non si è limitato ad annoverare «i benefici» realizzati dal contraffattore tra gli elementi di quantificazione del danno risarcibile (art. 125, comma 1, c.p.i.), ma ha altresì introdotto, con una apposita disposizione di chiusura, la regola per cui «in ogni caso» il titolare del diritto leso possa 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» (art. 125, comma 3, c.p.i.). Si prevede, dunque, accanto all'azione di risarcimento del danno una azione alternativa e complementare di restituzione degli utili di natura non risarcitoria.

---

[48] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 105.

[49] 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 piò 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».

[50] 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.

Nella giurisprudenza pratica, con l'avallo della dottrina industrialistica, questa misura viene considerata espressione di «regole speciali, dettate più da valutazioni pratiche che da esigenze di coerenza dogmatica»[51], e dunque non riconducibile ad istituti del diritto privato comune. Si tratta quindi di una tecnica di tutela autonoma rispetto a quella del risarcimento del danno che, proprio in quanto fondata una *causa petendi* diversa, è invocabile dal soggetto leso da una condotta obiettiva di contraffazione anche al di fuori dei casi in cui lo stato soggettivo del danneggiante integri gli estremi del dolo o della colpa, fondanti la responsabilità disciplinata ai primi 2 commi dell'art. 125 c.p.i.[52]

Alla luce della peculiarità dell'intervento legislativo, nel diritto applicato la disposizione dell'art. 125, comma 3, c.p.i. viene dunque ritenuta insuscettibile di applicazione analogica ai casi di violazioni diverse, come in primo luogo quelle aventi ad oggetto privative su opere dell'ingegno[53].

Sebbene la più autorevole dottrina civilistica abbia nel tempo elaborato diverse teorie astrattamente capaci di qualificare la retroversione dei profitti illecitamente ottenuti dal contraffattore quale espressione di principi generali del sistema privatistico[54], nel settore del diritto d'autore risulta quindi formalmente assente un autonomo rimedio restitutorio degli utili del contraffattore, che nei testi normativi sono richiamati quali elementi rilevanti esclusivamente nell'applicazione di tutele di matrice risarcitoria, come parametri di stima, al limite equitativa, del danno risarcibile, specie nella componente del lucro cessante (v. art. 158, comma 2, l. n. 633/1942, Legge sulla protezione del diritto d'autore)[55].

2.1.4.6. Adempimento in forma specifica

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

Nell'ipotesi di manutenzione del contratto la pretesa risarcitoria non diverge da quella esperibile ai sensi dell'art. 1218 c.c. Da questo punto di vista, la dottrina ha evidenziato come il primo comma dell'art. 1453 c.c. costituisca una mera norma di rinvio non avendo un contenuto precettivo suo proprio[56].

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

---

[51] 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.

[52] 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.

[53] 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.»

[54] 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.

[55] 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».

[56] 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.

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

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

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

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

Il danno, dunque, risulta normalmente pari ai danni dovuti al ritardo nell'adempimento[57].

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

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

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

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

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

Se, invece, il creditore non riesca a ottenere nulla oltre all'adempimento parziale, egli, oltre al danno da ritardo, avrà diritto ad ottenere un equivalente pari all'utilità che avrebbe ricevuto in caso di esatta prestazione[58].

2.1.4.6. Risarcimento in forma specifica

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

[57] Cfr. A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 120.
[58] V. A. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 122.

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

Il risarcimento in forma specifica, invero, «è pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione *diversa* e *succedanea* rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio»[59].

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

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

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

La scelta del creditore insoddisfatto tra la tutela specifica e quella per equivalente[60], incontra il limite, espressamente sancito dal secondo comma dell'art. 2058 c.c., dell'eccessiva onerosità della reintegrazione per il debitore.

La reintegrazione diviene tale quando il debitore è chiamato a sopportare un sacrificio economico che supera, in maniera del tutto sproporzionata, il valore da corrispondere se il risarcimento fosse per equivalente. Sussiste l'eccessiva onerosità quando «il costo della reintegrazione in natura supera largamente il margine di diminuzione del valore del bene leso»[61].

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

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

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

---

[59] C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 186.

[60] 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.

[61] G. 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.

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

Secondo altra impostazione[62], invece, il primato del risarcimento per equivalente si giustifica:

a) da un lato dalla formulazione letterale dell'art. 2058 ai sensi del quale la tutela in forma specifica può essere solo richiesta qualora sia possibile e non risulti, in ogni caso, eccessivamente onerosa e

b) dall'altro, perché in una logica di mercato ogni bene può essere stimato ad un valore di scambio espresso in denaro.

Da questo punto di vista, considerata la funzione compensativa del risarcimento del danno si ritiene che il risarcimento per equivalente, funzionale a soddisfare il c.d. valore di scambio della prestazione mancata, sia l'unico in grado di reintegrare sempre integralmente il patrimonio del danneggiato[63].

2.1.5. La componente del danno risarcibile

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

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

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

Come la dottrina ha avuto modo di precisare, invero, interesse negativo e interesse positivo sono semplicemente delle «formule descrittive del contenuto economico della tutela risarcitoria»[64], ossia delle tecniche di quantificazione del danno rilevanti a seconda della funzione da attribuire al risarcimento, e cioè riportare il danneggiato nella posizione in cui sarebbe dovuto essere in caso di esatta esecuzione della prestazione o in quella in cui sarebbe stato se non avesse contrattato.

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

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

---

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

[63] 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.

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

2.1.5.1. Il danno emergente

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.5.2. Il lucro cessante

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

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

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

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

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

È evidente come, costituendo il lucro cessante una ricchezza futura e non attuale, la sua dimostrazione sia problematica[65].

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

2.1.5.3. La perdita di chance

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

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

La perdita di una *chance*, dunque, ricorre quando l'inadempimento o l'illecito determinano «nuova situazione che faccia apparire meno probabile il conseguimento di utilità future»[66].

Da questo punto di vista appare inutile discorrere in ordine alla qualificazione della *chance* in termini di posta attiva o posta potenziale del patrimonio del creditore, in quanto il concetto di *chance* rileva, piuttosto, sotto il profilo della quantificazione del danno[67].

---

[65] 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 inadempiuta. Cfr. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 938.

[66] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 145.

[67] 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

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

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

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

Ne consegue che, sotto il profilo dell'onere della prova, il creditore non deve dimostrare la verificazione del risultato in termini di assoluta certezza, essendo sufficiente la prova della probabilità di raggiungere il risultato utile sperato. Il grado di probabilità, tuttavia, deve essere elevato in quanto il risarcimento può ritenersi giustificato solo quando la *chance* abbia svolto «un ruolo effettivo nelle aspettative e nella programmazione di chi ne lamenta la perdita»[68].

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

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

2.1.5.4. Il danno meramente patrimoniale

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

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

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

Le indagini che la dottrina ha svolto in materia aquiliana sono giunte ad affermare l'esistenza del 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).

[68] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 149.

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

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

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

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

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

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

La pura perdita economica prescinde dalla lesione o distruzione di un bene. La diminuzione di valore del patrimonio avviene senza che un bene materiale sia distrutto o deteriorato[69]. L'assenza di un bene materiale impedisce di commisurare il danno al valore del bene o al valore conseguibile attraverso il suo godimento.

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

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

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

2.1.5.5. Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale

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

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

[69]M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 2.

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

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

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

Es. *Un'ipotesi espressa di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale è costituita dal danno da vacanza rovinata che trova espresso riconoscimento nell'art. 46 del codice del turismo*[70].

Si pensi, ad es., all'inadempimento di un albergatore rispetto al contratto di soggiorno alberghiero. Il cliente, normalmente, attribuisce alla prestazione alberghiera un valore superiore al corrispettivo pagato per goderne. Tale valore soggettivo è stato definito surplus del consumatore[71] *ed è quantificabile in una misura pari alla differenza tra il corrispettivo della prestazione e il prezzo che il cliente sarebbe disposto a pagare per rinunciare al contratto.*

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

Laddove, invece, l'acquisto sostitutivo non sia possibile si pone un problema di risarcibilità di interessi non patrimoniali i quali, anche se non ancorabili a valori di mercato, possono essere espressi in denaro secondo la suddetta differenza. Come è stato evidenziato il «surplus del consumatore fornisce un criterio che può orientare la valutazione: non ne consente un controllo preciso e oggettivo, ma può valere a suggerire limiti di ragionevolezza, minimi e massimi»[72].

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

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

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

---

[70] 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*".

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

[72] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 143.

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

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

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

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

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

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

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

2.1.5.6. Danni indiretti

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

Sebbene tale tipologia di danni trovi la sua sede naturale in tema di responsabilità extracontrattuale dottrina e giurisprudenza, superando le originarie perplessità, sono giunte ad ammettere la possibilità che il debitore risponda a titolo contrattuale nei confronti di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio il quale, tuttavia, abbia un interesse concreto all'esatto adempimento della prestazione in quel rapporto dedotta[73].

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

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

[73] 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.

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

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

Es. L'impresa Alfa stipula un contratto di fornitura con la società Beta la quale si obbliga ad eseguire la prestazione in favore dell'impresa Gamma. Quest'ultima, a fronte della mancata consegna della merce da parte di Beta, sebbene non sia parte del contratto è l'unica legittimata ad agire - con l'azione di risoluzione del contratto e di risarcimento danni - per ottenere la prestazione attribuitale. Il contratto, infatti, è idoneo a far acquisire a Gamma il diritto alla prestazione. Ritenere, pertanto, che il terzo ha un interesse diretto all'adempimento del contratto consente di superare le obiezioni sollevate in ordine all'art. 1223 c.c. proprio perché, come detto, la perdita subita dal terzo-creditore è causalmente connessa alla mancata esecuzione della prestazione dovuta[74].

2.1.6 La determinazione del danno

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

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

2.1.6.1 La causalità giuridica

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

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

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

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

Come ha osservato la dottrina, però, estendere la responsabilità alle sole conseguenze normali è restrittivo[75]. La giurisprudenza, dal canto suo, consapevole di questo limite anche se si richiama al criterio della regolarità causale riconosce la risarcibilità di danni che esulano dal normale corso degli eventi.

Per comprendere, quindi, come concretamente operi il criterio della causalità adeguata occorre tenere a mente che le funzioni della responsabilità contrattuale si apprezzano sotto un duplice profilo: da un lato, mira a reintegrare il patrimonio del creditore; dall'altro costituisce un incentivo per l'adempimento del debitore. Ne consegue che un danno è conseguenza dell'inadempimento quando costituisce «la realizzazione di un rischio specifico creato da quel fatto»[76].

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

Oppure si pensi a Tizio che incarichi Caio dell'esecuzione di determinati lavori da eseguirsi in un certo giorno. Caio non adempie non presentandosi. Nel medesimo giorno l'immobile viene svaligiato un furto perché nessuno era in casa. Tizio, non può pretendere il risarcimento dei danni derivanti dal furto perché la prestazione di Caio non era diretta ad evitare il compimento di furti[77].

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

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

2.1.6.2. Causalità successiva ipotetica

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

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

Parte della dottrina, considerato che il danno deve essere determinato al momento dell'accertamento giudiziale, esclude un obbligo risarcitorio rispetto a quei danni che, nonostante l'adempimento, si sarebbero ugualmente verificati[78].

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

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

[75] C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 130.
[76] C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 132.
[77] 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.
[78] C.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.

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

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

2.1.6.3. La compensatio lucri cum damno

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

Es. *Si pensi al ritardo nella consegna di un fabbricato che consente al compratore di avvantaggiarsi dell'incremento dei prezzi dovuto alla realizzazione di opere pubbliche nella zona. Perché la compensazione operi è necessario che il lucro sia, al pari del danno, conseguenza immediata e diretta del danno e non mera occasione*[79].

Sempre al tema della *compensatio lucri cum damno* viene ricondotto il problema della possibilità, generalmente ammessa in passato, di cumulare il risarcimento con altri benefici collaterali – ad esempio un indennizzo assicurativo – percepiti dal danneggiato in base ad un titolo autonomo dall'illecito. Al fine di evitare un arricchimento ingiustificato, le Sezioni unite recentemente intervenute hanno abbracciato la tesi del non cumulo tra le due poste economiche[80]. Qualora il danneggiante abbia già percepito un indennizzo assicurativo, dunque, questo dovrà andare a diminuire la somma dovuta a titolo di risarcimento dal danneggiate che potrà poi essere chiamato in rivalsa dall'assicurazione per quanto si è trovata ad indennizzare (cfr. art. 1916). Il cumulo sarà però ammesso, precisano le Sezioni unite, quando "la ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiante" appare funzionalmente compatibile con il risarcimento[81].

2.1.7. Il dovere del creditore di evitare il danno

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

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

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

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

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

---

[79] Per un'analisi delle varie declinazioni che il principio assume in giurisprudenza v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 912 ss.
[80] Cass. s.u., 22.5.2018, n. 12564 ss., in *Foro it*., 2018, 1899.
[81] Sul tema cfr. U. Izzo, *La giustizia del beneficio*, Napoli, 2018 e E. Bellisario, *Il problema della* compensatio lucri cum damno, Padova, 2018.

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

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

Nella consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, il dovere in parola non può mai tradursi in attività per il creditore «gravose o straordinarie o comunque tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici»[82].

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

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

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

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

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

2.1.7.1. La prevedibilità del danno

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

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

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

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

[82] 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 evitarli[83].

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 contrattuali[84].

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"[85].

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 attuale[86]. 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 giurisprudenza[87] – 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 prestazione[88]. 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.

[83]P. CENDON, *Responsabilità civile*, Milano, 2017, 333.
[84]P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 177 s.
[85]M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 1343.
[86]Cass. 11 ottobre 1983, n. 5896.
[87] Cass., 30 gennaio 2007, n. 1956.
[88] C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 158.

2.1.8 La quantificazione del danno

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

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

A tal fine è stato proposto il seguente criterio di quantificazione[89]. Nel calcolo del risarcimento del danno occorre considerare diverse voci:

- il creditore, in primo luogo, subisce una perdita (sotto forma di danno emergente o lucro cessante) che deve essere calcolata sulla base del prezzo di mercato
- l'inadempimento può essere causa per il creditore di perdite ulteriori, quali ad esempio il risarcimento dovuto a terzo rispetto a quali non è possibile adempiere per indisponibilità della merce non consegnata a causa dell'inadempimento
- se il creditore opta per la risoluzione, nel computo del danno entrano anche i costi risparmiati quali, ad es., l'esonero dall'esecuzione della controprestazione
- il creditore, inoltre, a seguito dell'inadempimento può impiegare diversamente le risorse che aveva destinato all'esecuzione della propria prestazione e, così, conseguire un lucro sostitutivo.

Sulla base di queste considerazioni il risarcimento del danno può essere cosi calcolato:

risarcimento = (perdita di valore + altre perdite) – (costi risparmiati + utilità sostitutive)

Il criterio indicato è stato, poi, precisato con riferimento al danno contrattuale.

In caso di risoluzione, infatti:

- il creditore non solo risparmia i costi della propria prestazione, ma ha anche diritto alla restituzione della prestazione già eseguita.
- oltre ai costi risparmiati, quindi, devono essere aggiunte le restituzioni.
- inoltre, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. il creditore ha il dovere di mitigare il danno, dovendosi escludere il risarcimento per le perdite evitabili con l'ordinaria diligenza.

Sulla base di queste precisazioni il calcolo del risarcimento del danno può essere cosi esemplificato:

risarcimento = (perdita di valore + altre perdite) – (costi risparmiati + utilità sostitutive + restituzioni + perdite evitabili)

Es.Tizio compra un bene da Caio al prezzo di 1000, anticipando a titolo di acconto sul prezzo 300. Caio non adempie. Il valore della prestazione al momento dell'inadempimento è pari 1100. Tizio non si procura un acquisto sostitutivo e subisce un ulteriore danno di 100.

Supponendo che in caso di acquisto sostituito egli avrebbe limitato il danno di 30, in tale caso il risarcimento è pari a:

1100 (perdita di valore) + 100 (altre perdite) – [700 (costi risparmiati) + 300 (restituzioni) + 0 (utilità sostitutive) + 70 (perdite evitabili)] = 130[90].

[89] G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., 922 ss.
[90] L'esempio è tratto da G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 922 ss.

2.1.8.1. La valutazione equitativa del danno

Non sempre è agevole quantificare il danno. Alcuni dei problemi correlati a tale difficoltà vengono risolti dall'art. 1226 a mente del quale "se li danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è valutato dal giudice con valutazione equitativa". La disposizione non alleggerisce l'onere probatorio di chi domanda un risarcimento, ma si limita a stabilire che una difficoltà oggettiva nel dimostrare l'entità del pregiudizio non è un buon motivo per negare la tutela risarcitoria. L'esplicito riferimento al "preciso ammontare" fa sì che del danno debba comunque essere dimostrata l'esistenza. Provato l'*an*, il *quantum* potrà essere stabilito dal giudice secondo equità. Se la prova precisa del *quantum* sarebbe potuta essere data, l'art. 1226 non si applica; l'equità non viene in soccorso della parte che non abbia assolto il proprio onere probatorio. La giurisprudenza equipara l'impossibilità alla "difficoltà rilevante" precisando però che questa non deve essere confusa con la "semplice complessità"[91].

L'importanza di tale norma si avverte non solo in riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale – dove l'impossibile ancoraggio a valori economici comporta un'ampia discrezionalità giudiziale nella stima del danno – ma anche in tema di danno futuro e di lucro cessante. Lucro cessante che, peraltro, in sede di danno aquiliano viene normativamente posto in correlazione a un giudizio equitativo (art. 2056 c., 2)[92]. Equità non significa comunque arbitrio dovendo il giudice motivare circa gli elementi della fattispecie che ha ritenuto di dover valorizzare nella quantificazione.

2.1.8.2 Il valore finanziario del tempo

La determinazione del momento cui riferire la stima dell'equivalente incide sulla misura del danno. Il decorso del tempo tra la determinazione del danno e la sua liquidazione può mutare in modo considerevole il *quantum* risarcitorio considerate le normali oscillazioni dei prezzi di mercato e il mutamento del valore del corso del denaro (inflazione).

Sul punto, occorre considerare che la prestazione originaria si converte in obbligazione risarcitoria, in caso di risoluzione del contratto, nel momento in cui la relativa domanda viene presentata, in quanto ai sensi dell'art. 1453 c.c. il debitore non può più adempiere la propria obbligazione dalla data della domanda di risoluzione.

Nel caso in cui, invece, il creditore opti per il mantenimento del contratto e si rivolga al mercato per un acquisto sostitutivo è nel momento in cui viene pagato il prezzo per la prestazione sostitutiva che si verifica un danno e che alla prestazione originaria si sostituisce quella risarcitoria.

2.1.8.3. Il momento per la stima dell'equivalente.

Di regola, il momento in cui all'obbligazione originaria si sostituisce quella risarcitoria costituisce anche il tempo per la stima dell'equivalente monetario necessario a consentire al creditore di conseguire l'utile che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto.

Ed infatti, l'orientamento giurisprudenziale prevalente individua il momento rilevante la determinazione del danno nell'atto di proposizione della domanda giudiziale di risoluzione o della risoluzione di diritto[93].

---

[91] Cfr. Cass., 8 novembre 2016, n. 22638; Cass. 17 ottobre 2016, n. 20889.

[92] Creando così una certa sovrapposizione tra gli artt. 1226 e 2056 secondo comma: cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 112.

[93] 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.

Il momento in cui all'obbligazione originaria si sostituisce quella risarcitoria costituisce anche il tempo per la stima dell'equivalente monetario necessario a consentire al creditore di conseguire l'utile che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato adempiuto.

Lungo tale direttrice si sono sedimentate tre regole di conio giurisprudenziale: 1) il momento da prendere a riferimento per la stima del danno in costanza di risoluzione è quello della domanda giudiziale[94]; 2) in caso di una impossibilità della prestazione dovuta ad una causa imputabile al debitore il momento da prendere in considerazione è quello in cui la prestazione diviene impossibile[95]; 3) se il creditore ha domandato il risarcimento sostitutivo della prestazione è il momento della sentenza che condanna al risarcimento a dover essere considerato per la stima del danno[96].

2.1.8.4. La rivalutazione monetaria

Una volta determinato il danno, deve essere liquidato. La liquidazione è quell'operazione mediante la quale viene individuato l'ammontare pecuniario del danno in base al valore attuale della moneta. Tale regola fa che il credito risarcitorio acquisti natura di debito di valore, ossia di debito avente ad oggetto «una prestazione monetaria determinata in funzione del potere di acquisto della moneta»[97].

Salvo il caso in cui stima dell'equivalente e liquidazione del danno coincidano (ciò avviene quando la determinazione del danno viene riferita temporalmente al momento in cui viene liquidata la somma ma, come detto, ciò non avviene in caso di risoluzione), posporre la liquidazione rispetto alla determinazione determina la necessità di adeguare il valore della prestazione risarcitoria al fine di evitare che il creditore sia esposto alla svalutazione monetaria.

Riconoscere natura di debito di valore al credito risarcitorio consente al creditore di sottrarsi agli effetti dell'inflazione e al principio nominalistico, in quanto il giudice al momento della liquidazione deve tener conto della svalutazione monetaria intervenuta e, quindi, procedere alla sua rivalutazione che avviene normalmente secondo gli indici stabiliti dall'ISTAT.

La rivalutazione monetaria è dovuta come effetto della natura del credito di valore, che è di per sé sottratto al rischio della svalutazione, poiché il suo importo in moneta deve essere determinato al momento della liquidazione, in corrispondenza ad un valore economico reale.

2.1.8.5. Gli interessi compensativi

Dal momento in cui l'obbligazione originaria muta in obbligazione risarcitoria, è opinione consolidata quella per cui il debitore inadempiente, al pari del danneggiante extracontrattuale, sia in mora.

Ora, ai sensi dell'art. 1224 c.c., se l'obbligazione ha ad oggetto una somma di denaro, il debitore è tenuto a corrispondere gli interessi dal giorno in cui è costituito in mora.

La norma, certamente si riferisce ai debiti di valuta, ossia alle obbligazioni che sin dall'origini hanno ad oggetto una somma di denaro.

---

[94] 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.
[95] Cass., 22 marzo 2018, n. 7169; Cass., 11 novembre 2015, n. 22979; Cass., 10 ottobre 2008, n. 25016.
[96] Cass., 29 aprile 2003, n. 6651; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3940.
[97] C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 163.

Si ritiene, però, che essa trovi applicazione anche nel caso di ritardo di un debito di valore, qual è il risarcimento del danno per equivalente, in quanto l'indisponibilità di una somma di denaro provoca sempre un danno[98].

Il diritto agli interessi compensativi sulle somme dovute a titolo di risarcimento del danno è dettato dall'esigenza di non lasciare privo il creditore del diritto agli interessi nei casi in cui la illiquidità del credito non consente la decorrenza degli interessi di pieno diritto di cui all'art. 1282 c.c..

Tali interessi sono detti compensativi, in quanto sono funzionali a remunerare il creditore per il ritardato conseguimento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno da inadempimento. Gli interessi in questione, in realtà, hanno natura essenzialmente moratoria perché costituiscono un indennizzo per la mancata immediata corresponsione della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento.

Problematico è sempre stato il rapporto tra interessi compensativi e rivalutazione monetaria.

Secondo l'opinione consolidata il cumulo tra interessi compensativi e rivalutazione deve essere ammesso in quanto la rivalutazione monetaria e gli interessi sulla somma liquidata assolvono a funzioni diverse. La prima, invero, mira a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato quale era anteriormente alla verificazione del danno. I secondi, invece, hanno natura compensativa del rispetto al ritardato godimento del denaro. Ne consegue che le due misure sono compatibili e oltre alla rivalutazione monetaria devono essere anche corrisposti gli interessi.

Costituisce ormai punto fermo in giurisprudenza quello per cui la base per il calcolo degli interessi compensativi, ferma restando la loro decorrenza dal momento in cui l'evento dannoso si è verificato, non deve essere effettuata sulla somma integralmente rivalutata al momento della liquidazione, ma sulla somma iniziale e poi su quelle rivalutate di anno in anno[99].

2.1.8.6. La questione dell'anatocismo

La giurisprudenza e la dottrina dominanti sono ferme nel considerare l'inapplicabilità dell'art. 1283 c.c. ai debiti di valore. Si ritiene, invero, che l'obbligazione risarcitoria non sia idonea produrre interessi sugli interessi perché questi diventano liquidi ed esigibili solo nel momento in cui il danno viene liquidato.

La giurisprudenza, inoltre, ha precisato che la disposizione che ammette l'anatocismo, dettata dall'art. 1283 c.c. in materia di obbligazioni pecuniarie, non enuncia un principio di carattere generale valido per ogni specie di obbligazione, ma ha carattere eccezionale, e non è quindi estensibile ai debiti di valore.

2.1.8.7. Dalla liquidazione del danno alla corresponsione del ***risarcimento***

La liquidazione del danno contenuta nella sentenza di condanna determina la conversione del debito di valore in debito di valuta, con la conseguenza che ad esso si applicano tutte le norme normalmente applicabili alle obbligazioni pecuniarie.

Sulla somma complessivamente liquidata, quindi, già rivalutata e comprensiva di interessi compensativi, decorrono gli interessi *ex* art. 1282 c.c., ai sensi del quale i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto.

---

[98] P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 83 ss.

[99] Cfr. Cass., s.u., 17 febbraio 1995, n. 1712. Reputa irrazionale questo meccanismo P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 165 ss.

Questa regola costituisce applicazione del generale principio di naturale fecondità del denaro. Tali interessi, dunque, hanno natura compensativa perché costituiscono remunerazione del capitale in possesso del debitore ma spettante al creditore, il quale deve essere compensato mediante la corresponsione degli interessi legali a prescindere dal titolo del rapporto obbligatorio.

La conversione in debito di valuta determina, altresì, l'applicazione dell'art. 1283 c.c., con la conseguenza che gli interessi di pieno scaduti sono idonei a produrre ulteriori interessi.

3 Appendice giurisprudenziale

3.1. Causalità materiale, giuridica, economica del danno

3.1.1 Causalità materiale e giuridica

Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, n. 33659
La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che «se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria» (Cass. Sez. U. n. 576 del 2008), così temperando l'originario rigorismo della tesi della causalità giuridica presente nella dottrina che la introdusse. Secondo questa dottrina la fattispecie della responsabilità risarcitoria si perfeziona con la verificazione del fatto, comprensivo dell'azione e dell'evento, mentre la causalità giuridica interviene solo in funzione selettiva del danno risarcibile all'esito di una responsabilità già accertata. Una simile visione resta nell'alveo della prospettiva pan-penalistica dell'atto antigiuridico (non iure, nel senso di comportamento non giustificato dal diritto), mentre il punto di vista della moderna responsabilità civile, improntata al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), è quello dell'allocazione del danno contra ius ("ingiusto", secondo la qualifica dell'art. 2043). Al rigorismo dell'originaria tesi dottrinale va obiettato che in assenza delle conseguenze previste dall'art. 1223 cod. civ. non vi è alcuna responsabilità risarcitoria da accertare perché non vi è danno da risarcire. La fattispecie del fatto illecito si perfeziona con il danno conseguenza: ciò vuol dire che la perdita subita e il mancato guadagno (art. 1223) non sono un *posterius* rispetto al danno ingiusto, ma sono i criteri di determinazione di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 2056. Diversamente da quanto pur affermato in dottrina, il «danno» di cui fa menzione la seconda parte dell'art. 2043 non è altra cosa dal «danno ingiusto» di cui si parla nella prima parte: se non c'è danno conseguenza non c'è danno ingiusto. Causalità materiale e causalità giuridica non sono così le fasi di una successione cronologica, ma sono i due diversi punti di vista in sede logico-analitica dell'unitario fenomeno del danno ingiusto (di «profili diversi» dell'unico danno già discorreva Cass. sez. U. n. 576 del 2008, punto n. 5.1.), il quale non è identificabile se non alla luce di questa dualità di nessi causali, l'uno informato al criterio della regolarità causale, l'altro a quello della conseguenzialità immediata e diretta. Cagionato l'evento di danno, la fattispecie del fatto illecito è integrata con la realizzazione delle conseguenze pregiudizievoli, senza che fra evento e conseguenza vi sia un distacco temporale: la distinzione è logica, non cronologica. Il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela ad un determinato bene della vita, secondo la fondamentale definizione contenuta in Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 cod. civ. rappresenta la sintesi di questi due reciproci vettori».

Cass., 25 gennaio 2012, n. 7757

Va qui osservato che l'art. 1223 c.c. stabilisce che "il risarcimento del danno per l'inadempimento per il ritardo deve comprendere, così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". La norma sintetizza in poche battute il contenuto minimo del risarcimento, introducendo un concetto di danno "integrale", comprensivo sia della diminuzione subita, e cioè il danno che il debitore adempiente avrebbe potuto evitare, sia del mancato incremento patrimoniale di cui il creditore avrebbe potuto godere se la prestazione fosse stata eseguita. Insomma, il risarcimento del danno è l'obbligazione diretta a reintegrare il patrimonio del danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse verificato. Semplice sarà per il creditore provare il danno emergente: essendo quest'ultimo una posta attiva del patrimonio del soggetto, basterà dimostrarne l'attualità e la sua conseguente lesione. Più difficoltosa sarà, invece, la prova del lucro cessante il creditore si vedrà costretto a provare il mancato guadagno che gli sarebbe potuto derivare da quella determinata operazione economica. Sarà tenuto, quindi, a dare la prova di un bene o un interesse che non sono mai venuti ad esistenza, ma che, se si fossero concretizzati (in mancanza dell'inadempimento), sarebbero stati sicuramente di sua spettanza. Tuttavia, quest'ultima voce di danno può essere dimostrata, anche in via presuntiva.

Ora, nell'ipotesi in esame, il danno "integrale", ovvero, l'obbligazione diretta a reintegrare il patrimonio del danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse verificato, non poteva che essere rappresentato dalla perdita che la società creditrice aveva subito: in termini di costi sostenuti per l'acquisto delle materie prime con cui produrre i motori, e in termini di riorganizzazione della linea di produzione per le richieste "personalizzazioni" e dal lucro cessante quale perdita di quel guadagno che la società [creditrice] avrebbe ottenuto se la società [debitrice] avesse assolto l'obbligo di acquistare i restanti 7702 motori.

Trib. Milano, 23 marzo 2019
Il danno patrimoniale contrattuale ai sensi dell'art. 1223 c.c. "...coincide con la perdita o il mancato guadagno conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, la cui delimitazione è determinata in base al giudizio ipotetico sulla differenza tra la situazione dannosa e quella che sarebbe stata se il fatto dannoso non si fosse verificato...." (Cass. civ., sez. II, 26.09.2016 n. 18832). Quanto al danno da mancato guadagno, incombe al danneggiato provare che, ove l'altro contraente fosse stato adempiente, avrebbe con certezza o comunque ragionevolmente conseguito una corresponsione economica, che invece non ha conseguito a causa dell'inadempimento: "Il danno patrimoniale da mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, esclusi solo i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito" (*ex multis*: Cass. civ., sez. 3, 3.12.2015 n. 24632; conf. Cass. civ., sez. 3, 28.01.2005, n. 1752).

3.1.2 Causalità giuridica e causalità economica: il dovere di mitigare il danno

Cass., Sez. II, 31 maggio 2016, n. 11230
In tema di risarcimento del danno, l'art. 1227 c.c., comma 1 attiene all'ipotesi del fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso, mentre il secondo comma ha riguardo a situazione in cui il danneggiato sia estraneo alla produzione dell'evento ma abbia omesso, dopo la relativa verificazione, di fare uso della normale diligenza per circoscriverne l'incidenza; l'accertamento dei presupposti per l'applicabilità della suindicata disciplina integra indagine di fatto,

come tale riservata al giudice di merito e sottratta al sindacato di legittimità se assistita da motivazione congrua […].
Con riferimento al contenuto dell'ordinaria diligenza esigibile è stato in più occasioni affermato che l'art. 1227 c.c., comma 2, non si limita a prescrivere al danneggiato un comportamento meramente negativo, consistente nel non aggravare con la propria attività il danno già prodottosi, ma richiede un intervento attivo e positivo, volto non solo a limitare, ma anche ad evitare le conseguenze dannose. […] Il limite alla esigibilità del comportamento attivo è costituito dalla "ordinaria" e non "straordinaria" diligenza, nel senso che le attività che il creditore avrebbe dovuto porre in essere al fine dell'evitabilità del danno, non siano gravose o straordinarie, come esborsi apprezzabili di denaro, assunzione di rischi, apprezzabili sacrifici […]. Pertanto, se, tenuto conto delle circostanze del caso, il procurarsi altrimenti la prestazione appariva richiesto dall'ordinaria diligenza per evitare o contenere il danno, la parte che abbia ciò trascurato non può sfuggire alle conseguenze previste dall'art. 1227 c.c., u.c.).

3.1.3 La causalità economica: il danno contrattuale tra interesse positivo e interesse negativo

Cass., Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 625
Secondo la dottrina e la giurisprudenza (Cass. 1° dicembre 1983 n. 7199) il risarcimento dovuto a seguito della risoluzione del contratto ha per oggetto l'interesse positivo, e cioè quello che la parte si riprometteva di conseguire dalla esecuzione del contratto.
Non è escluso che il contraente fedele subisca la sola lesione dell'interesse negativo (o addirittura che l'entità di questo superi, in concreto, quella del danno positivo) ed in tali casi, a richiesta del predetto contraente, la parte inadempiente dovrà risarcirgli le spese affrontate in vista della realizzazione dell'affare.
Tuttavia, si deve evitare che, attraverso il cumulo dei due tipi di danni, il contraente fedele consegua un arricchimento ingiustificato, e cioè di più di quanto avrebbe conseguito dal contratto, se fosse stato regolarmente eseguito.

3.1.4. Gli effetti economici dell'evento dannoso

3.1.4.1. Inadempimento colposo e limite di prevedibilità

Cass., Sez. II, 14 novembre 2019, n. 29566
In tema di risarcimento del danno da inadempimento, l'imprevedibilità, alla quale fa riferimento l'art. 1225 c.c., non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare, determinando, infatti, la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente a una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute.

Cass., Sez. III, 28 novembre 2003, n. 18239
Il criterio della prevedibilità, enunciato dall'art. 1225 c.c. è uno di quelli volti alla determinazione del danno risarcibile. Esso consiste in un giudizio di probabilità del verificarsi di un futuro danno. Il giudizio è espresso in astratto, secondo l'apprezzamento della normale diligenza del soggetto responsabile, ma deve tenere conto di circostanze di fatto concretamente conosciute.
Inteso in questo senso, il criterio della prevedibilità s'identifica con quello della regolarità causale, che attribuisce significato giuridico alle conseguenze che si possono verificare quando il processo causale ha un andamento regolare.

Si aggiunga che la prevedibilità del danno non attiene al giudizio di responsabilità, perché riguarda l'accertamento dell'esistenza di questa, ma riguarda il danno considerato nel suo concreto ammontare, come questa Corte ha già ritenuto, sent. 21 maggio 1993 n. 5778.

3.1.5. Gli effetti consequenziali nella stima del danno

3.1.5.1. Regolarità causale e danno risarcibile

Cass., Sez. II, 20 marzo 2024, n. 7443
La risoluzione del contratto comporta, a norma dell'art. 1453, comma 1°, c.c., l'obbligo della parte inadempiente di restituire le somme ricevute a titolo di prezzo e di risarcire il danno sofferto, secondo un criterio di regolarità causale, tale, cioè, da comprendere non solo quel danno che consegue direttamente ed immediatamente dall'inadempimento, ma anche quello che in via mediata ed indiretta si presenti come conseguenza normale dell'inadempimento stesso dell'altra parte, costituito dalla lesione dell'interesse positivo che quest'ultima aveva all'esecuzione del contratto e comprensivo innanzitutto del lucro cessante, costituito dall'incremento patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se il contratto fosse stato regolarmente eseguito, pari alla differenza di valore tra la prestazione rimasta inadempiuta e il valore della prestazione dovuto dalla parte non inadempiente al netto delle spese.

Cass. Sez. I, 23 dicembre 2010, n. 26042
In tema di nesso causale, esistono due momenti diversi del giudizio civile, costituito il primo dalla ricostruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, per il quale la problematica causale, detta della causalità materiale o di fatto, è analoga a quella penale di cui agli art. 40 e 41 cod. pen. ed il danno rileva solo come evento lesivo, ed il secondo, al quale va riferita la regola dell'art. 1223 cod. civ., che riguarda la determinazione dell'intero danno cagionato oggetto dell'obbligazione risarcitoria, attribuendosi rilievo, all'interno delle serie causali così individuate, a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili, come richiesto dalla cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, fondata su un giudizio formulato in termini ipotetici. (Nella specie la S.C. ha ritenuto sussistente il nesso di causalità fra la tardiva corresponsione da parte della P.A. dell'indennità di requisizione e l'inadempimento da parte del titolare del bene requisito all'obbligo di pagamento delle rate di mutuo fondiario, cui sia seguita l'espropriazione del bene, allorché l'inadempimento sia una conseguenza probabile e verosimile del tardivo versamento dell'indennità.

Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619
Il nesso causale rappresenta, in sede civile, la misura della relazione probabilistica concreta, svincolata da ogni riferimento soggettivo, tra comportamento e fatto dannoso; esso consente di individuare i termini dell'astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all'agente, secondo un principio guida formulato in termini di rispondenza, da parte dell'autore del fatto illecito, delle conseguenze che "normalmente" discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (cd. teoria della regolarità causale e del "novus actus interveniens").

3.1.5.2. Incertezza eventistica e perdita di chance

Cass., sez. III, 27 luglio 2024, n. 21045
Quello da perdita di *chance* è danno distinto da quello da perdita definitiva del vantaggio atteso non perché connotato da minore gradiente causale o probatorio, ma per ragioni legate alla sua stessa essenza.

Chance, infatti, è bensì (soltanto) la possibilità di conseguire un risultato vantaggioso (ovvero di evitarne uno sfavorevole), ma il termine implica anche e soprattutto incertezza e l'incertezza è la cifra che connota, come dato essenziale, il concetto anche nelle sue declinazioni giuridiche.
L'essenza della figura è, dunque, rappresentata da una condizione di insuperabile incertezza eventistica.
La *chance* (tanto di carattere patrimoniale quanto non patrimoniale) resta confinata nelle relazioni incerte tra eventi non interdipendenti, in quanto non causalmente collegati da una "legge di connessione".
Per converso se una tale connessione è possibile […] non si ricade più nel campo della *chance* ma in quello della relazione causale tra condotta ed evento di danno (inteso come lesione piena ed effettiva dell'interesse avuto di mira) (v. sul tema, con riferimento alla perdita di chance a carattere non patrimoniale, ma con argomenti spendibili anche in ambito patrimoniale: Cass. 11/11/2019, n. 28993, e, prima ancora, Cass. 9/03/2018, n. 5641; Cass. 19/03/2018, n. 6688; v. anche Cass. 7/10/2021, n. 27287; Cass. 26/01/2022, n. 2261; v. anche per un caso analogo, da ultimo, Cass. 21/05/2024, n. 14163).
In tal senso va ricordato che costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo cui "la responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente" (Cass. n. 10966 del 2004; n. 34787 del 2022), con la conseguenza che "la mancanza di elementi probatori, atti a giustificare una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'attività del prestatore d'opera, induce ad escludere l'affermazione della responsabilità del legale, in quanto, la responsabilità dell'esercente la professione forense non può affermarsi per il solo fatto del mancato corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare se, qualora l'avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il suo assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando altrimenti la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale ed il risultato derivatone" (v., *ex multis*, Cass. n. 11901 del 2002, citata in sentenza; n. 9917 del 2010; n. 22376 del 2012; n. 2638 del 2013; n. 1984 del 2016; n. 25112 del 2017; n. 13873 del 2020; n. 4655 del 2021; n. 33466 del 2022).

Cass., sez. lavoro, 10 novembre 2017, n. 26694
In tema di diritto al risarcimento del danno da perdita di "*chance*" per mancato conferimento di incarico dirigenziale, è ammissibile la liquidazione equitativa, sicché il risarcimento può essere quantificato in una percentuale del trattamento retributivo spettante al dirigente, commisurata al grado di probabilità di ottenimento dell'incarico stesso, tenuto conto dell'esperienza professionale del dirigente e del numero di incarichi conferitigli in precedenza senza valutazione comparativa.

Cass., sez. lavoro, 15 maggio 2015, n. 10030
La giurisprudenza di questa Corte ha affermato, in ordine alla perdita di *chance*, che, al fine della liquidazione del danno patrimoniale da perdita di *chance*, la concreta ed effettiva occasione perduta di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve tenere conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto.
Nel caso, come sopra detto, le ricorrenti hanno dimostrato, pur in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile è conseguenza immediata e diretta (Sez. L, Sentenza n. 21544 del 12/08/2008; Sez. 3, Sentenza n. 1752 del 28/01/2005).
Il datore di lavoro è dunque tenuto, in presenza di perdita di *chances* del suo dipendente, a risarcirgli i danni patrimoniali, quantificabili sulla base della percentuale di probabilità che il lavoratore aveva

di risultare vincitore qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente (Sez. L, Sentenza n. 11522 del 19/11/1997, ed altre successive conformi).

3.1.5.3. Il periodo di riferimento per la stima del danno

Cass., Sez. VI, 14 maggio 2018, n. 11590

La giurisprudenza di legittimità si è occupata tradizionalmente della posizione del promittente compratore che lamenti un danno a causa del comportamento del venditore individuando i parametri di riferimento in tema di risarcibilità del danno […]. In materia di contratto preliminare, il risarcimento del danno, imputabile al promittente venditore per la mancata stipulazione del contratto definitivo di vendita di un bene immobile, si liquida nella misura pari alla differenza tra il valore commerciale del bene medesimo, al momento in cui l'inadempimento è divenuto definitivo, ed il prezzo pattuito (Sez. 3, Sentenza n. 22979 del 11/11/2015, Rv. 638104-01) ovvero consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene medesimo al momento della proposizione della domanda di risoluzione del contratto (cioè, al tempo in cui l'inadempimento è diventato definitivo) ed il prezzo pattuito (Sez. 2, Ordinanza n. 28375 del 28,11/2017 (Rv. 646341-01) - Sez. 3, Sentenza n. 22384 del 29/11/2004, Rv. 5.78704-01).

Cass., Sez. II, 09 maggio 2014, n. 10188

In tema di inadempimento contrattuale il risarcimento riveste e svolge funzione sostitutiva della prestazione mancata e gli effetti della situazione pregiudizievole permangono sino a che il danno non sia stato risarcito, ossia alla data della sentenza, se la riparazione sia stata richiesta al giudice; pertanto, il pregiudizio derivante dalla mancata acquisizione di un bene deve essere risarcito con la prestazione del suo equivalente in denaro, determinato con riferimento al momento in cui viene operata la liquidazione.