

IL DANNO DA PERDITA DI «CHANCE»

*Linda Rinaldo**NOTA A SENT. TRIB. MILANO N.1176 3-10-2009
GIUDICE MESIANO

Costituisce danno da perdita di chance, risarcibile ex art. 2049 c.c., la situazione che si viene a determinare a seguito di una sentenza che dichiara la nullità di un lodo arbitrale di equità viziata da corruzione del giudice relatore del Collegio posta in essere dal mandatario generale della società che si è avvantaggiata della sentenza: corruzione accertata in sede penale e di cui il legale rappresentante della società mandante va reputato a conoscenza. Non osta al risarcimento la circostanza che successivamente sia intervenuta la transazione della controversia ed anzi il danno va identificato nell'indebolimento della posizione contrattuale della parte soccombente in appello proprio in sede di composizione bonaria della controversia.

SOMMARIO: 1. Il fatto - 2. «Chance» e responsabilità civile: l'interesse tutelato e la tutela risarcitoria - 2.1 La qualificazione del danno da perdita di *chance* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - 2.2 Recenti sviluppi sulla configurabilità di una responsabilità precontrattuale da danno da perdita di *chance* - 2.3 La quantificazione della *chance* tra danno emergente e lucro cessante: l'onere probatorio - 2.3.1 La teoria c.d. «ontologica» - 2.3.2 La posizione c.d. «eziologica» - 2.3.3 Confutazione alla teoria eziologica - 3. L'ambito del risarcimento del danno da perdita di *chance* - 3.1 Il problema del nesso di causalità - 3.2. Il nesso di causalità nell'ambito della perdita di *chance* - 4. I vizi della motivazione della sent. n. 11786/09 del Tribunale di Milano - 4.1 La discutibilità della realizzazione del danno da perdita di *chance* - 4.2 L'accertamento del nesso di causalità e l'effetto interruttivo della transazione - 4.3 La patrimonialità del danno e la sua quantificazione - 4.4 Considerazioni conclusive sulla posizione di Cir.

1.- Alla fine degli anni '80 la Fininvest s.p.a., società risultante dalla fusione tra Fininvest s.p.a. di Milano e Fininvest Roma s.r.l. di Roma, presieduta da Silvio Berlusconi e avente sede a Milano acquisiva progressivamente quote dalla Arnoldo Mondadori editore s.p.a.(AME), capogruppo del gruppo editoriale Mondadori composto essenzialmente dall'AME, da società da essa controllate e da società da essa possedute al

50% (tra le più note: La Repubblica, Finegil e Elemond, controllante Einaudi).

L'AME era a sua volta controllata dalla Arnoldo Mondadori Finanziaria s.p.a. (AMEF), costituita nel 1985 con funzione di holding del gruppo il cui capitale di controllo era frazionato in partecipazioni tra la Fam. Formenton che ne deteneva il 25,75%, la Fam Mondadori che possedeva il 24,59%, la Cir s.p.a. di Carlo Di Benedetti con il 27,71% che possedeva anche azioni ordinarie della controllata AME pari ad un importo del 18,8% del capitale di questa, la Fininvest s.p.s. di Silvio Berlusconi con l'8,28% e le altre società con minori partecipazioni azionarie. Ogni socio con un patto di sindacato stipulato il 6 Gennaio 1986 valido per cinque anni, si impegnavano a non alienare le proprie azioni a terzi se non previo consenso scritto degli altri soci.

Nel 1988 la Fininvest s.p.a. acquisiva le azioni di Leonardo Mondadori assumendo un ruolo primario nella gestione della società editoriale costituita dai tre soci. La Fininvest s.p.a. di Silvio Berlusconi, la Cir s.p.a. di Carlo De Benedetti e la Fam. Formenton, erede di Arnoldo Mondadori.

Il 21 dicembre dello stesso anno Carlo de Benedetti, contrario alla prevalenza gestionale di Silvio Berlusconi, si accordava per iscritto con la Fam. Formenton per la compravendita delle quote degli eredi Mondadori perfezionabile con una serie di trasferimenti azionari, da completare entro il 30 Gennaio 1991 che gli avrebbero garantito una posizione maggioritaria all'interno della società, pari al 52,54% delle azioni AMEF.

In violazione dell'accordo, nel 1989 i Formenton decidevano di vendere la loro posizione societaria alla Fininvest s.p.a., garantendo la presidenza della casa editrice a Silvio Berlusconi a partire dalla data del 25 Gennaio 1990.

La Cir s.p.a, avuta notizia della volontà dei Formenton, nell'estate 1989 chiedeva alla persona di Luca Formenton una smentita riguardo tale decisione, ma in risposta riceveva soltanto una lettera con la quale lo stesso, in rappresentanza della Famiglia, dichiarava la risoluzione della convenzione del 21 Dicembre 1988, risolta per fatto e colpa di Cir.

Carlo De Benedetti, quindi, decideva di opporsi in forza del precedente contratto scritto ed avviava con la Fam. Formenton il 18 Gennaio 1990 un giudizio arbitrale per la risoluzione della questione di validità dell'accordo. Il collegio, esaminate le rispettive domande di Cir e di Fininvest-Formenton, l'una avente ad oggetto la convalida del contratto e l'altra, di contro, la

risoluzione dello stesso, depositava il lodo arbitrale sul contratto Cir-Formenton (c.d. Lodo Mondadori) il 21 Giugno 1990 in cui dichiarava la validità del precedente accordo, obbligando le parti a stipulare il contratto definitivo funzionale al trasferimento delle quote entro un anno dalla scadenza precedentemente pattuita. In tale data Silvio Berlusconi ed i dirigenti Fininvest s.p.a. avrebbero dovuto lasciare la presidenza della Mondadori a favore della Cir s.p.a., nella persona di Carlo De Benedetti.

Silvio Berlusconi ed i Formenton impugnavano successivamente il lodo con ricorso presso la Corte di appello di Roma, presieduta da Arnaldo Valente e composta dai magistrati Vittorio Metta in qualità di relatore e Giovanni Paolini. Il 14 Gennaio 1991 si chiudeva la camera di consiglio e la sentenza n. 259/1991 veniva depositata e resa pubblica nei dieci giorni successivi, quindi il 24 Gennaio 1991.

La Corte in tale sede accoglieva l'impugnazione e pronunciava la nullità del lodo per inosservanza dei principi di ordine pubblico relativi al governo societario, per nullità dei patti di sindacato e dell'intero accordo contrattuale. La Fininvest s.p.a. rientrava in possesso delle azioni societarie e Silvio Berlusconi ripristinava la sua presidenza.

Il malcontento derivante dalla decisione determinava l'interessamento alla vicenda dell'allora Presidente del Consiglio Giulio Andreotti che sollecitava le parti al compimento di una transazione al fine di risolvere la questione con una soluzione concordata anziché giudiziaria.

L'accordo veniva stipulato e sottoscritto dalle parti il 29 Aprile 1991 ed in forza di esso venivano spartite le proprietà di alcune testate giornalistiche e della Mondadori editore tra le parti: a Cir spettava il gruppo l'Espresso, Repubblica e Finegil, mentre a Fininvest-Formenton la Mondadori c.d. «classica» (libri, riviste, grafica). La Cir s.p.a., inoltre, era tenuta a ricevere un conguaglio per un valore da essa proposto pari a 528 miliardi di vecchie lire, ma la controparte offriva, a titolo di esborso, un importo pari a soli 365 miliardi di vecchie lire.

Nel 1995 la Procura di Milano avviava, sulla base delle dichiarazioni di Stefania Ariosto, indagini preliminari per fatti di corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.) di magistrati in servizio presso gli uffici giudiziari romani. Il 5 Novembre 1999 la Procura chiedeva rinvio a giudizio per tale reato nei confronti degli imputati: Silvio Berlusconi, Avv. Cesare Previti, Avv. Attilio Pacifico, Avv. Giovanni Acampora ed il giudice Romano Vittorio Metta, in

ordine all'emissione della sentenza in appello al lodo Mondadori.

Il 19 Giugno 2000 e il 12 Settembre 2000, con sentenze n. 3755/2000 relativa agli imputati Silvio Berlusconi, Cesare Previti, Attilio Pacifico e Vittorio Metta e n. 3763/2000 relativa all'imputato Giovanni Acampora, il GIP di Milano Rosario Lupo proscioglieva con formula piena, «*il fatto non sussiste*», dall'accusa di concorso in corruzione in atti giudiziari tutti gli imputati.

Il 12 Maggio e il 25 Giugno 2001, la V sez. della Corte d'appello di Milano accoglieva parzialmente l'impugnazione della Procura della Repubblica di Milano contro le predette sentenze del GIP e rinviava a giudizio tutti gli imputati eccetto Silvio Berlusconi, prosciolto dall'imputazione di reato qualificato come corruzione semplice per prescrizione del termine abbreviato di sette anni e mezzo, dato il riconoscimento della sussistenza delle circostanze attenuanti generiche a suo vantaggio.

Il 29 Aprile 2003, il Tribunale di Milano IV sez. penale con sentenza n. 4688/2003, giudicando sia la vicenda Lodo Mondadori sia la parallela vicenda di corruzione IMI-SIR, condannava Cesare Previti, Giovanni Acampora, Attilio Pacifico e Vittorio Metta, ritenendoli tutti colpevoli della vicenda corruttiva Lodo Mondadori.

In data 23 Maggio 2005, la Corte d'appello di Milano confermava la condanna di Cesare Previti per la sola e diversa vicenda IMI-SIR, assolvendolo, invece, per quella relativa al lodo Mondadori per cui l'Avv. Giovanni Acampora, il giudice Metta, gli Avv. Pacifico e Previti venivano tutti assolti per insussistenza del fatto.

Il 4 Maggio 2006, a seguito del rinvio operato dalla Corte di cassazione, la Corte d'appello di Milano III sez. ha definitivamente condannato per la vicenda Mondadori, Previti, Acampora e Pacifico ad un anno e sei mesi di reclusione e il Metta a due anni e otto mesi.

In precedenza, il 6 Aprile 2004 la Cir s.p.a. citava in giudizio Fininvest s.p.a. proponendo in sede civile al Tribunale di Milano domanda risarcitoria nei suoi confronti per i danni ad essa cagionati dalla corruzione del giudice Vittorio Metta, commessa nell'interesse della convenuta, nell'emanazione della sentenza d'appello relativa alla controversia avente ad oggetto il controllo del gruppo editoriale Mondadori. In tale sede veniva inoltre richiesto il risarcimento per perdita di *chance* ai fini dell'ottenimento di una decisione favorevole che, con tutta probabilità, la Cir s.p.a. avrebbe potuto

ottenere se la sentenza in questione non fosse stata esito di corruzione.

Il Tribunale nella pronuncia del 3 Ottobre 2009 n. 11786 ha riconosciuto all'attore un risarcimento pari a 749.955.611 euro, ammontare comprensivo di danno derivante dalla transazione inquinata, danno per le spese legali sostenute e danno da lesione dell'immagine della società attorea.

La decisione del Tribunale è improntata ad una molteplicità di motivazioni di cui tre assumono particolare rilievo.

La prima inerisce alla grave ingiustizia della sentenza n. 259/1991 che negava a Cir le azioni ordinarie AMEF oggetto della promessa di permuta da parte dei Formenton e da cui deriva il danno da perdita di chance.

In tale sede, viene messa in discussione la natura di tale ingiustizia che, a parere di questa Corte, non può derivare esclusivamente dal fatto che la sentenza è frutto di una decisione collegiale di tre giudici indotti nella loro decisione da Vittorio Metta, giudice relatore, che ha orientato la discussione in suo favore in forza del suo ruolo. L'influenza sul Collegio e la focalizzazione di taluni piuttosto che di altri argomenti da parte del relatore è infatti prassi nota nelle cause civili collegiali tra gli operatori del diritto. Nel caso in questione la trattazione è avvenuta in camera di consiglio riunita non formalmente e in tale sede, secondo la Corte di appello, Metta aveva orientato la discussione «con tutta probabilità» sui patti di sindacato, la cui validità era questione dibattuta.

Il Tribunale di Milano non ha tuttavia riscontrato nessuna focalizzazione da parte del relatore su punti a lui favorevoli per indirizzare la decisione del Collegio nel senso da lui ritenuto più utile. Il profilo patologico di tale sentenza, al contrario, è stato significativamente messo in evidenza dalla Corte di cassazione in sede penale nella pronuncia n. 35525/2007 in cui è stato affermato il principio per cui *«la presenza in un collegio di un organo giurisdizionale privo del requisito di imparzialità perché partecipe di un accordo corruttivo che lo delegittima, infirma la validità dell'intero iter decisionale»*. Nel caso di specie si rileva che il giudice relatore era stato condannato in precedenza per il reato di corruzione a lui ascrivibile nella parallela vicenda Imi-Sir e tale accordo corruttivo lo delegittimava dalla sua funzione, viziando la sua imparzialità. Il vizio di costituzione imputato a Metta invalida l'atto giudiziario emanato secondo la normativa generale ed in forza di questo principio, la Corte concludeva rimettendo al giudice civile adito per il giudizio di revocazione *ex art. 395 c.p.c.* la valutazione nel merito della conformità a giustizia della

decisione sulla base dell'eventuale passaggio in giudicato della sentenza che avrebbe eventualmente avuto un effetto sanante del vizio stesso. Sulla base della pronuncia seguiva la transazione del 29.04.1991 intervenuta tra le parti che tuttavia impediva la formazione del giudicato comportando la mancanza della produzione degli effetti sostanziali e processuali direttamente operanti nella fattispecie.

La Corte, in riferimento al materiale probatorio fornito in sede penale¹, rileva la radicale patologia di un giudizio civile reso da un collegio di cui faccia parte un giudice corrotto ed il conseguente accoglimento della domanda di riconoscimento del danno da perdita di *chance*.

La seconda motivazione s'incentra sul rilievo del fondamento di tale responsabilità che si rinviene proprio nel rapporto fra immedesimazione organica che sussisteva all'epoca fra la società e l'amministrazione o legale rappresentante, ovvero *ex art. 2049 c.c.* Rileva la Corte che nonostante Silvio Berlusconi fosse stato prosciolto precedentemente in sede penale dall'accusa di corruzione sia in primo grado, sentenze nn. 3755 e 3763 del 2000 sia in Appello, con sentenza e decreto del 12 Maggio 2001 depositata il 25 Giugno 2001, tale proscioglimento non può precludere una responsabilità civile dell'imputato. In tale sede si riteneva *incidenter tantum* che il Presidente Berlusconi aveva commesso il fatto *de quo*, ai soli fini civilistici e risarcitori, sulla base del ricorso alla prova presuntiva².

Nella fattispecie la Corte ha osservato che un bonifico di circa tre miliardi di lire (USD 2.732.868) inoltrato dalla Fininvest a Cesare Previti non poteva essere deciso ed effettuato senza che l'amministratore della società nonché legale rappresentante della stessa ne fosse a conoscenza, ciò sulla base di un criterio di "normalità" per cui un bonifico di tale entità può

¹ Nel giudizio che ha portato all'emanazione della sent. n. 259/1991 si sono riscontrati rapporti personali di natura economica dissimulati fra gli imputati e culminati nella consegna a Vittorio Metta di 400 milioni di lire provenienti dalla provvista del conto Fininvest s.p.a., circostanze che insieme costituiscono indizi certi, gravi e concordanti. Per questi motivi la Corte di appello ammetteva la consumazione del reato di corruzione come causa di grave ingiustizia nella pronuncia e riconosceva una responsabilità rispetto alla condotta illecita da parte di Silvio Berlusconi, all'epoca Presidente del consiglio di amministrazione di Fininvest s.p.a., rimasto in carica fino al 29 Gennaio 1994, nonché legale rappresentante della società convenuta.

² Tale prova è data da un'argomentazione logica per cui da un fatto noto e provato in termini di certezza si risale ad un fatto ignoto. Nel processo civile, a differenza dell'ambito penalistico, questo tipo di prova ha la stessa validità della prova diretta che consiste, invece, nella rappresentazione del fatto storico.

essere inoltrato solo sulla preventiva accettazione da parte di chi nella società, da cui proveniva la somma destinata alla condotta corruttiva, ricopriva un incontrastata posizione verticale.

Sulla base di questi argomenti, in ossequio dei principi sanciti dalla Suprema Corte riguardo le prove presuntive che devono consistere in indizi concatenati tra loro ovvero in un solo indizio ma grave, preciso e concordante e facendo uso dei criteri di ragionevolezza e di normalità, questa Corte ammetteva la corresponsabilità nella vicenda corruttiva di Silvio Berlusconi ai soli fini civilistici ed in forza del disposto di cui all'art. 2049 c.c. veniva riconosciuta la responsabilità della Fininvest s.p.a. per le condotte poste in essere da Cesare Previti, in rapporto di preposizione gestorea con la società stessa. L'avvocato in forza di un mandato generale privo di delega e basato su un rapporto di massima fiducia tra le due parti, conferitogli da Silvio Berlusconi per la cura a massimi livelli degli interessi legali della Fininvest s.p.a. in Italia e all'estero tramite attività di organizzazione, suddivisione e supervisione del lavoro di altri avvocati.

Secondo questa Corte la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 2049 c.c. si rinviene sia nel mandato con rappresentanza sia in quello senza rappresentanza e consiste nell'affermazione della regola per cui ciò che conta è che l'ambito delle funzioni e dei compiti demandati dal preponente al preposto sia stato tale da aver consentito e agevolato la commissione dell'illecito. Sulla base di questo presupposto normativo, la Corte ritiene che nelle attività e nei compiti demandati dalla Fininvest s.p.a. all'Avvocato Previti sia ravvisabile il mandato generale e perciò non vi è ragione per negare la responsabilità della società ai sensi dell'art. 2049 c.c. per l'operato dell'Avv. Previti, nel senso che egli ha agito su incarico e nell'interesse della Fininvest, beneficiaria della corruzione del giudice Metta, operata principalmente dallo stesso Previti.

La Corte, accertate le responsabilità, si pronuncia sulla terza questione oggetto di motivazione, ovvero la determinazione del danno risarcibile e la sua qualificazione.

Cir domandava in via principale la determinazione del danno risarcibile ed in via subordinata prospettava un danno da «perdita di chance» poiché la sentenza n. 259/1991 della Corte di appello di Roma aveva svantaggiato la suddetta società e poiché se l'evento corruttivo non si fosse consumato, la sentenza avrebbe avuto un esito senz'altro positivo e a favore di Cir, nonché

le parti non avrebbero operato la successiva transazione che se effettuata avrebbe comunque provocato effetti differenti alla luce di diverse condizioni, eventuali oggetto dell'accordo.

In tale sede la Corte determinava concettualmente il danno da «perdita di *chance*» subito da Cir e premettendo che nessuno poteva sapere come avrebbe deciso una Corte incorrotta, affermava che certamente la corruzione del giudice Metta privò la Cir della «*chance*» di ottenere da quella Corte una decisione favorevole. La possibilità di accoglimento della domanda di accertamento di Cir era consequenziale ad una pluralità di opzioni concretamente realizzabili, derivanti dalla ritenuta validità dei patti di sindacato e di tutta la convenzione del 21 Dicembre 1988, oppure dalla ritenuta invalidità dei fatti stessi o di parte di essi qualora la Corte avesse deciso che questi fossero scindibili dal resto della convenzione o dalla promessa di permuta, mentre la Corte di appello di Roma aveva sancito la nullità della convenzione per intero e aveva stabilito che la detta nullità era stata causata dall'inscindibilità della promessa di permuta dei patti.

In tale sede venivano inoltre respinte le posizioni difensive di Fininvest inerentemente all'eccezione di precedente giudicato che non si era mai formato a causa della transazione conclusa dalle parti in data 29 Aprile 1991 e dell'inesistenza nella fattispecie della *chance*, intesa come situazione giuridica attiva di carattere patrimoniale consistente nella "certezza morale" di un risultato favorevole, posto che tale nozione di "chance" è stata abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità a favore di un concetto connesso all'opportunità di perseguire un risultato favorevole.

La corruzione del giudice Metta come presupposto di ingiustizia della sentenza è a parere di questa Corte indice certo di perdita di *chance* per cui viene riconosciuto il danno subito da Cir nella vicenda in esame, consistente nel danno patrimoniale subito dall'attrice per il fatto illecito a cui si somma il danno da perdita di *chance* in percentuale molto elevata in relazione alla fattispecie.

La Corte ammette anche l'esistenza di un danno non patrimoniale, rimettendone la quantificazione e liquidazione in moneta dello stesso ad un grado di giudizio successivo poiché la domanda di accertamento riguardava l'*an* non determinabile in tale sede processuale. A parere di tale ufficio il danno non patrimoniale nei confronti della persona giuridica Cir s.p.a. sussiste sotto due profili, ovvero, come lesione del diritto costituzionalmente garantito ex art.111 Cost. ad un giudizio reso da giudice imparziale e come

lesione della propria integrità e della propria onorabilità e reputazione di persona giuridica, danneggiate dall'ingiusta sentenza della Corte d'appello di Roma, pubblicata su noti giornali, quotidiani e di cui fu data notizia da altri medias.

Il danno patrimoniale viene identificato dalla Corte in tre voci relative al danno da indebolimento della propria posizione contrattuale nel negoziato Formenton-Fininvest per la spartizione del gruppo Einaudi-Mondadori e nelle correlative condizioni deteriori alle quali fu stipulata la transazione del 1991, con cui il negoziato medesimo fu concluso per un ammontare pari a 284.051.249,49 euro; al danno da pagamento delle spese legali relative tanto al giudizio arbitrale, comprese le spese per il funzionamento del Collegio arbitrale, le spese relative al giudizio di impugnazione davanti alla Corte d'appello ed al ricorso per Cassazione, successivamente rinunciato, oltre alle spese rifuse a parte Fininvest sia per il giudizio arbitrale come per il giudizio di appello, secondo la decisione della Corte d'appello di Roma, per un ammontare pari a 8.207.892,77 euro; al danno alla propria immagine imprenditoriale, inteso come danno patrimoniale ovvero danno emergente e lucro cessante in quanto direttamente conseguenti alla caduta di immagine nell'ambito del mondo degli affari, per un ammontare pari a 20.658.276,00 euro. Il tutto con rivalutazione monetaria di interessi compensativi medi e legali per un totale complessivo di 937.444.514,92 euro.

La quantificazione del danno da perdita di *chance* in percentuale, invece, si basa sulla considerazione che le possibilità di ottenere un lodo arbitrale di equità erano nella fattispecie molto elevate. Il riscontro si è avuto con una perizia giurata fatta eseguire dalla parte attrice da una ricercatrice universitaria in materie giuridiche che esaminò l'esito dei giudizi di impugnazione di lodi arbitrali presso la Corte di appello di Genova, emessi tra il 2002 e 2006, dal quale emerge la considerazione che nel periodo considerato risultano pochissime le sentenze di nullità del lodo nei casi di lodi arbitrali di diritto mentre in nessun caso è stato pronunciato l'annullamento del lodo nei casi di lodi arbitrali di equità, di lodi internazionali e lodi dichiarati non impugnabili.

Secondo questo Tribunale, sulla base di queste considerazioni, la percentuale di chance di ottenere una conferma del lodo in misura percentuale era da commisurare all'80%.

L'80% di 937.444.514,92 euro è pari ad 749.955.611,93 euro, somma a

cui veniva condannata la società Fininvest per il titolo risarcitorio dedotto in giudizio.

2.- La questione della *chance* e del danno relativo alla sua perdita è il fulcro della sentenza emanata dal Tribunale di Milano³, organo giudicante che per ultimo in ordine di tempo si è pronunciato sulla complessa vicenda giudiziaria inerente al caso Cir- Fininvest.

In tale sede la Corte riconosce una grave anomalia nella sentenza n. 259/1991, pronunciata da un organo giudicante la quale imparzialità risulta viziata a causa di un evento corruttivo, per il quale viene accordato un risarcimento del danno da perdita di *chance*, ossia la perdita dell'aspettativa di Cir di ottenere una pronuncia favorevole a cui non avrebbe fatto seguito, o si sarebbe eventualmente conclusa con accordi differenti, la transazione successiva.

Il danno da perdita di *chance* può essere definito come danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale, ovvero di un vantaggio economico che consiste nella ragionevole probabilità di raggiungere un risultato auspicato o di evitarne uno non desiderato, sempreché il primo non sia più conseguibile ed il secondo si sia già realizzato⁴.

Dall'analisi della pronuncia possono evidenziarsi tre questioni molto dibattute in dottrina e giurisprudenza circa il tema della *chance* ovvero quelle della sua qualificazione, quantificazione e della prova del danno .

2.1- Il primo riconoscimento della *chance* come aspettativa e di danno come perdita di essa si rinviene nell'esperienza francese⁵, che sull'analisi di numerose questioni giuridiche aventi ad oggetto rapporti di diversa natura, estende la riflessione alla necessità di tutela per ogni genere di perdita di

³ Trib. Milano 3-10-2009, n. 1176, in *Danno e resp.*, 2010, 76, con commento di P. Santoro.

⁴ S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 49 s.

⁵ La particolare attenzione dedicata dalla dottrina e giurisprudenza francesi alla tema della perdita di *chance* è dovuta all'assenza legislativa nell'ordinamento d'oltralpe del requisito di qualificazione del danno analogo all'ingiustizia dell'art. 2043 c.c. italiano. L'art. 1382 *code civil* pone al centro della responsabilità extracontrattuale il danno nella sua forma pura di perdita, ovvero il nudo *dommage* cagionato dal *fait fautif* del danneggiante e amplia conseguentemente le trame del risarcimento aquiliano.

un'aspettativa vantaggiosa auspicata da un soggetto.

Dalla varietà e ampiezza dei rapporti oggetto delle pronunce e delle riflessioni dottrinali d'oltralpe si evince la collocazione dell'istituto sia nell'ambito di responsabilità contrattuale, quindi una responsabilità per violazione di un dovere specifico derivante da un precedente rapporto obbligatorio, sia nell'ambito della responsabilità extracontrattuale⁶ per violazione del principio del *neminem laedere*⁷, il generico dovere di non ledere la sfera giuridica altrui.

In Italia la qualificazione giuridica dell'istituto non è altrettanto estesa in quanto si sono contrapposte diverse posizioni, frutto di prospettive assunte sulla base dell'analisi della portata di queste forme di responsabilità civile⁸.

L'orientamento maggioritario⁹ esclude per il danno da perdita di *chance* una risarcibilità aquiliana, sostenuta viceversa da una minoranza¹⁰, in quanto

⁶ Come dimostra la recente Cass., 9-4-2009, n. de pourvoi: 08-15977, D. Mazeaud, *La perdita di chance nel diritto francese, in Il danno risarcibile*. Atti VIII Congresso internazionale ARISTEC, mattinata 14-16 Giugno, a cura di L. Vacca, Torino, 2007; M. Feola, *Nesso di causalità e perdita di chance nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 158 s.

⁷ Art. 2043 c.c. «*qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*». La norma è il cardine del sistema della responsabilità extracontrattuale poiché sancisce il principio del *neminem laedere* per il quale la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento obbliga l'autore della lesione a risarcire le conseguenze negative patrimoniali ma anche non patrimoniali, art. 2059 c.c. «*il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*».

⁸ Sul tema della responsabilità civile, P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 13, 16, individua il problema della responsabilità civile nella scelta dei criteri in base ai quali un determinato costo sociale, anziché essere lasciato in capo alla vittima, secondo la regola che appare più naturale ed economica, viene traslato ad altri soggetti, che possono anche non essere danneggiati; G. Alpa, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 57, rileva che il modificarsi delle tecniche di imputazione del danno è in stretta connessione con l'evolversi delle funzioni della disciplina dell'illecito; C. Salvi, *La responsabilità civile*, *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 1999, 9 s., sottolinea che la funzione della responsabilità contrattuale è quella di offrire tutela ad un rischio specifico di danno, prevedibile dalle parti (art. 1225 c.c.) nonostante il rapporto obbligatorio tenda ad essere connotato da obblighi di natura accessoria, collegati funzionalmente alla prestazione principale.

⁹ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 545, nt. 212; A. de Cupis, *Il risarcimento della perdita di una chance*, nota a Cass. 19-12-1985, n. 6506, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1181 s.

¹⁰ M. Barcellona, *La struttura duale della responsabilità*, in corso di pubblicazione.

si ritiene che non si possa accordare a tale perdita una tutela che è di per sé riservata dall'ordinamento alla lesione di una posizione giuridica soggettiva. La perdita dell'aspettativa è una pura perdita patrimoniale che non deriva necessariamente dalla violazione di una posizione sostanziale tutelata, la cui lesione integra un danno che dovrebbe presentare il carattere dell'ingiustizia per essere risarcito.

Secondo la dottrina tradizionale il danno *ex art. 2043 c.c.* è qualificabile come «ingiusto», quindi risarcibile, se consiste in una lesione di un diritto assoluto, valido *erga omnes* e diretto alla generalità di soggetti e da ciò consegue che ognuno potrebbe porre in essere comportamenti dai quali seguirebbe la sua violazione.

Recentemente è stato operato un progressivo ampliamento delle situazioni meritevoli di questa forma di tutela, ma la giurisprudenza sul punto appare ancora cauta e non mancano le contraddizioni, soprattutto in tema di *chance*.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale si evince come la perdita di *chance* venga in rilievo nella maggioranza dei casi come conseguenza di un inadempimento dal quale deriva una responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c.¹¹, che ripara alle violazioni di diritti relativi che differiscono dai diritti assoluti in quanto prevedono la possibilità per i titolari di vantare pretese verso uno o più soggetti determinati per la violazione di una loro legittima aspettativa.

Questo orientamento preferisce individuare nella sfera della responsabilità contrattuale l'ambito di tutela della *chance* sia per la portata maggiormente estesa delle fattispecie dalle quali origina detta responsabilità, che sorge in forza di un rapporto obbligatorio qualsiasi sia la sua origine contrattuale o legale, sia che si tratti dell'obbligo di prestazione ovvero di un qualsiasi obbligo accessorio. Va rilevata, inoltre, l'insussistenza di un vero e proprio «diritto alla chance» in quanto diritto soggettivo, tutelato all'interno dell'ordinamento¹² e per questo motivo risulta difficile un'estensione della

¹¹ Art. 1218 c.c. «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

¹² S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 375: «la chance è perdita patrimoniale allo stato puro, non mediata dalla violazione di una posizione sostanziale tutelata». La lesione della *chance* non costituisce, quindi, lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato; C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danno punitivo, danno c.d.* 538

tutela aquiliana per questa particolare forma di danno, a cui viene riconosciuta natura patrimoniale, che consiste in una perdita di vantaggio sperato, inteso in senso economico.

Una recente dottrina¹³ ha avanzato altri argomenti a sostegno della tesi opposta, favorevole al riconoscimento della sussistenza di responsabilità extracontrattuale e ciò in forza di una lettura differente del «vantaggio» inteso, secondo questa interpretazione, come una risorsa giuridica indipendente dal risultato finale.

La *chance* è vista in questa prospettiva come un valore senz'altro economico la cui fonte si differenzia rispetto ai rapporti obbligatori, non essendo di natura contrattuale bensì legale e si sostanzia nell'esercizio della libertà d'azione di un individuo per cui un eventuale danno rappresenta la violazione della sfera giuridica soggettiva, di un diritto cioè valido *erga omnes* a cui va accordata la tutela ex art.2059 c.c.

Varie critiche sono state avanzate rispetto alla tesi in questione¹⁴. Questa libertà va intesa nel contesto della *chance* come potere di appropriazione in senso lato, attuato per conseguire un qualsiasi vantaggio economico. La mancata delimitazione dei confini specifici di questa libertà rende troppo estesa la sfera della tutela da illecito extracontrattuale ed amplia altresì il terreno del sindacato di ingiustizia, necessario per accordare la tutela aquiliana, che si concretizza nella rilevanza dell'antigiuridicità qualificante l'atto lesivo ma che non sempre può essere riscontrata nell'evento da cui è derivata la perdita di tale aspettativa.

Il riconoscimento della tutela contrattuale alla *chance*, al contrario, colma le lacune di disciplina che si potrebbero riscontrare in molti casi alla luce della responsabilità per danno ingiusto, come previsto dall'art. 2043 c.c., e non già dall'ingiustizia di un comportamento lesivo della libertà d'azione a

esistenziale, in *Europa dir. priv.*, 2008, 320, che mette in guardia dal rischio di cristallizzazione poiché «questa categoria della tutela che è il diritto soggettivo può essere aggiornata o sostituita, ad es., con quella situazione soggettiva, rendendo tutelabili interessi che precedentemente non lo erano, ma è necessaria per stabilire i confini tra risarcibilità e no, responsabilità e no». Sul punto si veda F. Piraino, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 703 s. e Cass. s.u. 22-07-1999 n. 500, ivi, 1999 con nota di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*.

¹³ M. Barcellona, *La struttura duale della responsabilità*, cit., 124 dattiloscritto.

¹⁴ S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 349 s.

cui è, invece, accordabile la tutela in forza dell'art. 2059 c.c.¹⁵.

Una soluzione per accordare la tutela extracontrattuale alla perdita di *chance* è stata ipotizzata dalla giurisprudenza che si è sforzata di ricercare il carattere dell'ingiustizia del comportamento nella violazione di regole di condotta da parte di chi ha prodotto l'evento lesivo, tuttavia la sanzionabilità della condotta illecita risulta inammissibile in sede civile poiché il danno punitivo ha carattere sostanzialmente penale e presuppone l'esistenza di una norma incriminante del comportamento configurabile come reato.

2.2- Sulla questione della qualificazione della responsabilità da danno per perdita di *chance* si è anche ultimamente pronunciata la Corte di cassazione¹⁶ che ha elaborato una personale soluzione alla discussione intorno alla qualificazione della *chance* dando un contenuto innovativo alla nozione, ora intesa come una "concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene".

La situazione giuridica assume così portata soggettiva autonoma, ricondotta al c.d. diritto di integrità del patrimonio.

A tale impostazione è stata mossa un'obiezione¹⁷ secondo cui nel nostro ordinamento non è previsto un concetto di patrimonio quale entità unitaria dovendosi intendere piuttosto un complesso costituito da singole situazioni o da rapporti facenti capo al titolare e finora non sono state elaborate né avvalorate tesi che possano dimostrare il contrario.

Si sono delineate linee di pensiero contrapposte anche in merito al tipo

¹⁵ V. Pietrobon, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 67 e s.

¹⁶ Cass. 19-12-1985, n. 6506, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1181 s., con nota di A. de Cupis; *Il risarcimento della perdita di una «chance» come danno risarcibile*; in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207 s., con nota di V. Zeno-Zencovich, *Il danno da perdita della possibilità di un'utilità futura*; in *Foro it.*, 1986, I, 384 s., con nota di A.M. Princigalli, *Quand'è più si che no: perdita di una «chance» come danno risarcibile*; Cass. 15-3-2007 n. 2167; Cass. 10-11-1998 n. 11340; Cass. 4-3-2004 n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45 s.

¹⁷ S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 372, ove si afferma che «il presunto diritto all'integrità del patrimonio è, quindi, frutto dell'inversione metodologica che, sul presupposto della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, immagina e crea un diritto che dovrebbe poi costituire la giustificazione della tutela risarcitoria di quel pregiudizio - il danno meramente patrimoniale - il cui risarcimento si dà per assunto»; A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 259 s.; Id., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 5 s.; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 113; M. Trimarchi, *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1982, 271 s.; E. Durante, *Patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 2; C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, ivi, XVII, Roma, 1996, 10 e 15.

di interesse protetto dalla tutela accordata alla *chance* e ciò ha portato all'elaborazione di una nuova posizione dottrinale in merito alla qualificazione della responsabilità.

Il pensiero maggioritario¹⁸ ha prediletto un'interpretazione per cui l'interesse legittimo o di fatto è configurabile in tal caso come un interesse negativo e la motivazione della scelta è improntata sulla individuazione della responsabilità come precontrattuale.

La dottrina tedesca introdusse questa categoria già dai primi del '900 e sviluppando il pensiero di Jhering ha individuato il fondamento di questa forma di responsabilità nella violazione data da *culpa in contrahendo*¹⁹ per un rapporto obbligatorio di qualsiasi natura e cioè non esclusivamente improntato sull'adempimento di una prestazione. Lo sviluppo di questo pensiero è individuabile nella disposizione di cui all'art. 1337 c.c. dalla quale si evince che la responsabilità precontrattuale nasce come conseguenza di una particolare violazione, quella all'obbligo della *buona fede* che determina l'affidamento delle parti in fase di trattative e non necessita la sussistenza del presupposto dell'ingiustizia poiché l'inadempimento di tale obbligo cagiona di per sé l'interruzione delle trattative e il mancato perseguimento dell'accordo, come anche il Fagella ritiene²⁰.

¹⁸ C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1 s.

¹⁹ R.V. Jhering, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Jahrb. F. d. Dogmatik d. heut. rom. u. deut. Privatr., 1861, 1 s.: con tale qualificazione Jhering intende significare l'interesse a non stipulare un contratto, dalla cui invalidità alla parte vittima è derivato un danno; R. Zimmermann, *The law of obligations*, Cape Town-Deventer-Boston, 1990, 244 s., ritiene che nell'assunto di Jhering la colpa sia il fondamento della responsabilità precontrattuale vi è qualcosa di forzato, dato che « nei casi di vendita di *res extra commercium* le parti rispondevano solo per dolo». In realtà il dolo costituiva causa di invalidità; Jhering rileva un'*actio ex contractu* non un'azione da dolo, onde sposta sul terreno della colpa non il vizio della volontà, ma la mancata comunicazione di esso, che ascrive a colpa, essendo quest'ultimo il criterio generale di responsabilità, almeno secondo lo stesso Jhering.

²⁰ G. Fagella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, III, Napoli, 1906, 273 s., «i giuristi...hanno studiato il periodo formativo del contratto, che si determina colla proposta...Tutto il periodo anteriore, che non presenta niente di obbligatorio, è rimasto quasi estraneo agli studi giuridici, tranne il caso della colpa extracontrattuale»; in eco alle idee di Fagella si veda la dottrina francese, R. Saleilles, *De la resp. Précontractuelle; à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *RTDcin.*, 1907, 697.

²¹ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p.

Si tratta perciò della lesione di un interesse detto negativo delle parti poiché diretto a svolgere le trattative secondo correttezza per perseguire l'obiettivo contrattuale prefissato per il quale viene accordata una tutela differente che garantisce il soddisfacimento di interessi positivi che hanno ad oggetto il rispetto ed il corretto adempimento dei requisiti contrattuali a differenza di quelli negativi.

L'interesse negativo integra sia la perdita sia il vantaggio che la parte danneggiata avrebbe potuto conseguire in assenza della condotta scorretta dell'altra ed il nesso con la perdita di *chance* è immediato in quanto il danno in questione altro non è che la perdita di un'aspettativa vantaggiosa che potrebbe scaturire da ogni forma di rapporto obbligatorio tra due o più parti, intesa come incremento ovvero non decremento patrimoniale²¹.

2.3- Il codice civile all'art. 2059 fissa la regola della risarcibilità dei danni non patrimoniali intesi come lesioni di interessi non economici, nei soli casi determinati dalla legge che sono tradizionalmente individuati nei danni derivanti da reato come indica espressamente l'art. 185 c.p.²².

La perdita di *chance* non è compresa dalle suddette fattispecie per questo la si colloca nella categoria del danno patrimoniale²³ anche perché lede un vantaggio di natura strettamente economica il quale accertamento è presupposto per l'insorgenza di una tutela riparatoria nei confronti del soggetto leso, al quale in conseguenza al danno subito viene riconosciuta l'erogazione di un risarcimento che va quantificato generalmente sulla base degli elementi di danno emergente o di lucro cessante²⁴.

La distinzione generica sul piano giuridico tra questi due parametri rileva sostanzialmente sulla base del momento in cui si verifica l'evento lesivo e

371, F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 13 s. La questione fu a lungo dibattuta nella dottrina tedesca degli inizi del novecento.

²² v. la voce *Danni non patrimoniali*, in *Enc. giur. Sole 24 ore*, Milano, 2007, 601 s.

²³ F.D. Businelli-S.Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003; D. Chidemi, *Il nuovo danno patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, II, 368 s. e F.D. Businelli, *Perdita di chance e risarcimento di un danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47 s.; G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990, 1 s.; Id., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 226 s.

²⁴ C. Severi, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 312 s.

quindi si individua il danno emergente quando la lesione si sostanzia nella sottrazione dell'utilità patrimoniale presente nella sfera giuridica del danneggiato che risulta conseguentemente impossibilitato alla realizzazione del vantaggio economico sperato sempreché tutti i presupposti necessari alla realizzazione dello stesso si siano prodotti concretamente nei suoi confronti. Viceversa, il lucro cessante si realizza se il danno impedisce l'acquisto o la produzione di nuove utilità. L'art. 1223 c.c. per la responsabilità contrattuale e l'art. 2056 c.c. inerente alla responsabilità extracontrattuale, impongono come comune condizione al risarcimento di entrambe le tipologie di danno la prova del fatto che il mancato guadagno sia conseguenza immediata e diretta dell'illecito²⁵.

Nell'ambito della perdita di *chance*²⁶ due tesi si sono contrapposte circa il parametro fra i due più idoneo per la quantificazione del risarcimento per le fattispecie di perdita di aspettativa di vantaggi economici.

2.3.1- La prima posizione, c.d. ontologica²⁷, predilige la soluzione a favore del danno emergente, ovvero il risarcimento va erogato per riparare alla perdita attuale di un'occasione favorevole i quali requisiti risultino già prodotti nella sfera giuridica del soggetto leso e quindi la *chance* viene considerata secondo questa prospettiva come una sorta di "proprietà" già esistente nel patrimonio del danneggiato e anteriore alla produzione

²⁵ M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 825, con riferimento a Trib. Napoli, 21 Maggio 1968, in *Resp. civ. e prev.*, 1968, 568: «secondo la teoria economica il valore di ogni bene capitale è pari al valore scontato di tutto il reddito futuro che da esso si spera di trarre. Quando pertanto un evento distrugge un'entità patrimoniale, non avrebbe senso dire che esso produce un danno emergente ed inoltre che viene ad impedire l'incremento patrimoniale che da quella entità si sarebbe potuto ritrarre.»; A. Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 262, il quale facendo applicazione dell'esposto criterio ritiene che la perdita dell'avviamento sia da considerarsi danno da lucro cessante.

²⁶ M. Bocchiola, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 97, ritiene che la *chance* sia fenomeno assimilabile alla perdita dell'avviamento commerciale; G. Alpa, *Responsabilità civile e danno*, cit., 207, Cass. 19-11-1983, n. 6906, cit.; in senso contrario M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circ. trasp.*, 2000, 637, secondo il quale la perdita dell'avviamento costituisce un danno futuro e la perdita di *chance* un danno solo eventuale.

²⁷ M. Bocchiola, *Perdita di una chance e certezza del danno*, cit., 55 s.; V. Zeno-Zencovich, *Il danno da perdita di un'utilità futura*, in *Riv. civ. comm.*, 1986, 364; M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 84 s.

dell'evento lesivo. Il danno non meramente ipotetico o eventuale viene così individuato nella perdita di una probabilità, concreta e attuale, perduta in conseguenza alla realizzazione della lesione.

La prospettiva pone un problema circa la rilevanza della probabilità ovvero quando possa essere qualificata come concreta e attuale tanto da giustificare una tutela risarcitoria²⁸.

L'impostazione tradizionale prevede che nell'ambito della responsabilità contrattuale rilevino i danni qualora prevedibili già nel momento dell'instaurazione del rapporto obbligatorio.

Il momento in questione risulta di facile individuazione poiché è stabilito tramite il vincolo contrattuale, mezzo di garanzia per la realizzazione dell'interesse sotteso. Nella sfera della *chance* si dovrà perciò individuare la sussistenza dell'aspettativa nel momento in cui le parti instaurano un rapporto obbligatorio che verte all'esecuzione di una prestazione o che sia semplicemente accessorio ad essa.

Ardua è invece la questione della rilevanza di questo momento nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per cui sarebbe necessaria l'individuazione del nesso causale tra la condotta dell'agente ed i danni immediati e diretti conseguenti da essa. Data la difficoltà è prediletta ancora una volta la forma di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. per cui il risarcimento è accordabile ai danni prevedibili al momento dell'instaurazione del rapporto quantificato in base al criterio del danno emergente secondo il criterio probabilistico il quale sancisce che l'entità della lesione risulta tale da giustificare il risarcimento da danno emergente, qualora venga dimostrato che il soggetto leso aveva al momento della realizzazione della lesione una probabilità superiore al 50 per cento di raggiungere il risultato sperato. Data la certezza del danno da perdita di *chance* si può ammettere anche che la semplice possibilità, se seria e fondata su circostanze concrete, può ritenersi risarcibile.

²⁸Cass.4-3-2004, n. 4400, cit., Cass. 27-07-2001, n. 10291, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, secondo cui il danno in questione diviene risarcibile «a condizione che il danneggiato dimostri anche in via presuntiva, ma pur sempre su circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno». La S.C. aggiunge inoltre che tale forma di pregiudizio consiste in un danno futuro, il che va però escluso [...].

2.3.2- Di diverso avviso è la c.d. posizione eziologica²⁹ per cui è preferibile individuare per la *chance* una tutela extracontrattuale e ricondurre la natura del danno al lucro cessante. Secondo questa concezione la perdita di chance s'inserisce nella sequenza causale tra condotta e danno, inteso come mancato perseguimento di un risultato finale³⁰.

È necessario che il danneggiato fornisca la prova per cui se l'evento lesivo non si fosse interposto la probabilità di guadagno sperato si sarebbe senz'altro realizzata. Tale operazione, come già anticipato, non è di semplice attuazione in quanto si tratta di una prova complessa che consta di due fasi. Il danneggiato dovrà dapprima provare che avrebbe partecipato a tutte quelle situazioni, avvenimenti, occasioni consistenti nel presupposto per la realizzazione del guadagno ma si obietta che su queste basi probatorie può appurarsi esclusivamente l'effettività della realizzazione del danno, mentre non può essere determinata l'incidenza concreta e reale di questo sul patrimonio del danneggiato. La perdita di *chance* in questa prospettiva rappresenta il danno vero e proprio non già il rapporto di causalità e ciò non giustifica necessariamente l'erogazione del risarcimento. A questo proposito si è ipotizzato un secondo livello probatorio per cui il soggetto leso dovrà

²⁹ L.Bagliazzi Geri-U. Breccia -FD Businelli-U Natoli, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 728-730; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 184 s.; N. Monticelli, *Responsabilità e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *NUOVA GIUR.COMM.*, 2003, 873 s.; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 545; F. Mastropaolo, *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, X (Roma 1988), 12.; Severi, *Perdita di chance*, cit., 296 s.

³⁰ Feola, *Nesso di causalità e perdita di «chance»*, cit., 180; Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, cit., 662 s. Secondo l'autore, se si assimila la *chance* al lucro cessante, si rimane in presenza di un pregiudizio solo potenziale o eventuale e, quindi, collegato in modo incerto all'evento dannoso, con la conseguenza che il danno derivante da perdita di *chance* proprio perché privo di certezza non può essere risarcito. Se considerata quale mancato raggiungimento del risultato finale la *chance* diviene effettivamente strumento dell'accertamento probabilistico del nesso di causalità. Spiega chiaramente la differenza tra la domanda di risarcimento per perdita di risultato sperato e quella per danno da perdita di *chance* Cass. 04-03-2004 n. 4400 cit.: «nel primo caso le chance sub stanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno». Sulla particolarità e ambivalenza del danno da perdita di *chance* si pronuncia M. Franzoni, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, 1181, secondo cui «questa specie di danno non indica soltanto una particolare qualità della perdita, descritta in un certo modo, come quando si menziona il danno presente o il danno futuro, ma precisa il modo in cui deve operare la causalità giuridica per stimare il danno risarcibile, in un certo settore di illeciti».

dimostrare tutte le circostanze per le quali possa evincersi che esplicate le attività in questione, la probabilità del vantaggio si sarebbe senz'altro realizzata. Il danneggiante dovrà a sua volta provare le cause compromettenti il raggiungimento del risultato sperato.

La frequente difficoltà nel fornire questo tipo di prove comporta sempre più spesso l'intervento del giudice che valuterà con equo apprezzamento e con prognosi postuma le circostanze del caso³¹.

2.3.3- La tesi che sostiene la connessione alla figura del lucro cessante non è ammissibile³² poiché la certezza che il mancato guadagno si sarebbe prodotto a prescindere dall'evento lesivo non sarà mai assoluta né realmente dimostrabile e per questo è preferibile optare per la qualificazione del danno come emergente, per cui la *chance* viene interpretata come elemento preesistente all'evento dannoso nel patrimonio del danneggiato la cui violazione diventa perdita in senso stretto ossia vanificazione effettiva del perseguimento del guadagno sperato.

Un secondo motivo per cui la tesi del lucro cessante viene confutata è data dal problema della risarcibilità del danno in tal caso e della definizione dell'incidenza di esso sul patrimonio che non è provabile poiché si tratta di un'utilità non preesistente ma che si formerà solo successivamente, entrando a far parte in un secondo momento nel patrimonio del soggetto leso. Il danno emergente ed il lucro cessante si differenziano quindi anche rispetto alla diversa portata del materiale probatorio.

La disciplina generale prevede che nella responsabilità extracontrattuale chi pretende il risarcimento dei danni deve dimostrare il nesso di causalità tra condotta del danneggiante ed evento lesivo nonché è suo onere altresì dimostrare la colpa o il dolo di costui.

L'onere della prova ha invece una portata differente nell'ambito della responsabilità contrattuale per cui il danneggiato dovrà esclusivamente dimostrare l'esistenza dell'obbligazione e che l'inadempimento non è a lui ascrivibile.

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale dovrà provare la lesione della buona fede e correttezza della controparte durante le trattative e il fatto che non avrebbe mai istaurato questo tipo di rapporto se fosse stato a

³¹ Cfr. la ricostruzione di Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, cit., 664.

³² In tal senso correttamente Severi, *Perdita di chance*, cit., 314.

conoscenza dell'esito infruttuoso o viceversa che non si sarebbe astenuto da specifiche attività per perseguire l'aspettativa. Circa quest'ultimo punto è da rilevare che l'impossibilità di determinare l'assoluta certezza che un eventuale partecipazione all'evento avrebbe comportato il risultato atteso comporta la necessità di ottenere una valutazione equitativa del danno prevista, generalmente, all'art. 1226 e dall'art. 2056 per la responsabilità extracontrattuale. La difficoltà nel fornire la prova deve riguardare la misura del danno e non la sua esistenza.

Sul tema si è pronunciata anche la Corte di cassazione³³ che ha di recente operato un nuovo inquadramento sistematico delle varie figure di danno non patrimoniale.

Con le sentenze n. 8827 e 8828 del 2003 ha stabilito che il risarcimento integrale del pregiudizio patito comprensivo dei danni patrimoniali e non patrimoniali non può mai essere limitato in caso di lesione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. La successiva sentenza n. 233 dello stesso anno sancisce nella specie che tutti i danni di natura non patrimoniale, non immediatamente incidenti sul patrimonio del leso, devono essere risarciti ai sensi dell'art. 2059 c.c. Residua, invece, il risarcimento ex art. 2043 c.c. per i danni patrimoniali in senso stretto³⁴.

La giurisprudenza applica questi principi anche nell'ambito del danno da perdita di *chance* che è appunto considerato come un danno patrimoniale attuale e quindi risarcibile sempre che ne sia provata l'esistenza tramite un calcolo di probabilità e presunzioni che verte sul rilievo di fatti ancora inesistenti al momento dell'evento danneggiante. In mancanza di questo tipo di prova però, la liquidazione in via equitativa non è ammissibile per la sua

³³ Cass. s.u. 26-1-2009, n.1850, cit. n. 3.2.: «il creditore che voglia ottenere oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di *chance* [...] ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta» (Cass. 20-6-2008, n. 16877; Cass. 20-1-2005, n.1752). Nel caso in questione l'attore C., che gestiva anche un'altra autoscuola in un diverso comune e aveva finalmente avviato nel 1992 la nuova autoscuola di Cazzano di Sant'Andrea, era nelle condizioni ottimali per offrire al consulente d'ufficio tutta la documentazione necessaria alla liquidazione in via presuntiva del danno da mancato guadagno.

³⁴ La S.C. nega il risarcimento per mancato assolvimento dell'onere della prova del danno al ricorrente, non avendo egli offerto al consulente d'ufficio tutta la documentazione necessaria alla liquidazione in via presuntiva del danno da mancato guadagno.

portata e per le finalità differenti per cui si attua il suo ricorso.

La valutazione del danno viene espressa in percentuale calcolata rispetto al suo ammontare consistente nel mancato conseguimento del vantaggio economico prospettato e si predilige la quantificazione del danno sulla base del criterio del danno emergente anche per la difficoltà probatoria relativa al lucro cessante per cui il ricorso all'art. 1226 c.c. è al contrario, automatico³⁵.

3.- La giurisprudenza che ha rigettato la tesi dottrinale avente ad oggetto la ricostruzione della figura del danno da perdita di *chance*, ha contestualizzato tale lesione in una pluralità di ambiti³⁶ riconducibili con maggiore frequenza all'interno della responsabilità contrattuale o da «contatto sociale» qualificato³⁷.

Tradizionalmente, il danno in questione si può riscontrare in tema di assunzioni e promozioni dette «a scelta», effettuate a seguito delle irregolarità nello svolgimento dei concorsi in violazione degli obblighi di buona fede e correttezza da parte dei funzionari della pubblica amministrazione. Si tratta in tal caso di un danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire un risultato utile.

Sulla scia della pronuncia della Suprema Corte n. 500/1999, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che il danno da perdita di *chance* costituisce l'effetto immediato ed evidente della lesione dell'interesse pretensivo di un soggetto di acquisire posizioni soggettive abilitanti o ammissive di *status* e capacità³⁸.

Il danno da perdita di *chance* inteso quale perdita, definitiva, di un'occasione favorevole rinviene anche in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti per cui il Consiglio di Stato ogni volta che non è

³⁵ In tal senso M.R. Marella-L. Cruciani, *Il danno contrattuale*, in *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. Monateri-E. del Prato-M.R. Marella-A. Somma-C. Costantini, Bologna, 2007, 1127 e 1131 s.; nonché Franzoni, *la chance, il danno non patrimoniale*, cit., 1190, al quale si rinvia per riferimenti giurisprudenziali. Secondo tale ultimo autore il giudizio equitativo si fonda, per un verso, su di «un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili» e per altro verso, «sul vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo».

³⁶ M. Feola, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, nota a Cass. 18-9-2008, n. 23846, in *Nuova giur.comm.*, I, 2009, 284.

³⁷ Feola, op. cit., 47 s.

³⁸ Così, Cass. 18-1-2006, n.852 e Cass., 29-3-2006, n. 7228, in *Nuova giur.comm.*, I, 2009.

riscontrabile un'agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara lo giudica esclusivamente a tale stregua risarcibile. La somma commisurata all'utile d'impresa dovrà essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti di procedura³⁹.

Oltre ad una vasta e peculiare casistica⁴⁰, la perdita di *chance* ed il suo conseguente riconoscimento hanno subito un'estensione alle attività dei professionisti esercenti nell'ambito sanitario in cui il danno da perdita di *chance* si sostanzia nella pregiudizio della c.d. "qualità della vita" in ragione di comportamenti sanitari scorretti⁴¹.

In questo contesto la prova presuntiva del danno è la rilevanza dell'attitudine della situazione di fatto in presenza della quale la *chance* può essere riconosciuta come esistente⁴² ed in base alla quale può conseguire la liquidazione del danno per cui assumeranno rilievo ai fini della stima, l'aspetto ed i profili riferiti all'idoneità del mancato o erroneo comportamento sanitario per garantire il conseguimento di un risultato⁴³.

3.1- Il problema fondamentale della questione del nesso di causalità è

³⁹ Cons. St., IV sez., 18-12-2001, n.6281 e Cons. Stato, VI sez., 14-9-2006, n. 5323 e Cons. St., 22-6-2004, n. 278, in *Nuova giur.comm.*, I, 2009.

⁴⁰ Si ricordi la perdita di possibilità di sostentamento economico da parte di chi non era titolare di un vero e proprio diritto agli alimenti, alle ipotesi di «demansionamento» e di «dequalificazione» in ambito lavorativo, in ambito legale per ciò che attiene all'irragionevole durata di un processo penale che si conclude con un giudizio di assoluzione, più in generale in ambito di perdita di aspettative future di un'attività lavorativa per un giovane vittima di un incidente o di una negligenza nel controllo sanitario a questo successivo, per illegittima esclusione dalle competizioni sportive o per l'erroneo protesto di un assegno, alla perdita opportunità di partecipare ad un concorso a causa della mancata consegna del telegramma di convocazione, etc.

⁴¹ Cass. civ. 18-9-2008, n. 23846, in tema di omissione di diagnosi e ritardo nell'intervento palliativo; Cass. civ. 4-3-2004, n. 4400 in tema di obbligazioni di mezzo e di risultato.

⁴² Cass. civ. 16-10-2007, n.21619, in *Giur. resp. civ.*, 2008, 1, 35 s. con nota di Bona, *Casualità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*.

⁴³ Cass. civ.11-5-2007, n.10840, in *Arch. Civ.*, 2007, 1157 s.; Cass. 2-12-1996, n. 10748, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1656 s., secondo cui il danno derivante da perdita di *chance* costituisce una voce del danno patrimoniale risarcibile, in quanto diretta conseguenza delle lesioni riportate, qualora il danneggiato riesca a provare, anche in via presuntiva, la realizzazione concreta dei presupposti volti a consentire il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale, il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

relativo alla valutazione di tale nesso che si evidenzia in queste fattispecie rispetto all'individuazione di quali siano le conseguenze prevedibili nel momento in cui viene posta in essere da parte di un soggetto una determinata condotta, commissiva od omissiva, facendo conseguire una esclusione di ogni responsabilità scaturente da conseguenze imprevedibili⁴⁴.

Al fine di evidenziare la presenza del nesso di causalità sarà necessario incorrere in una «prognosi postuma» diretta ad accertare se, al momento di realizzazione dell'azione, era del tutto prevedibile o meno che ne sarebbe potuta discendere una conseguenza. Il Giudice è chiamato a valutare se l'evento sia ricollegabile o meno al comportamento commissivo od omissivo, dimostrando che l'evento non si sarebbe verificato se l'autore non avesse o avesse commesso il fatto da lui esigibile od inesigibile, con esclusione di qualsiasi altro comportamento alternativo⁴⁵.

Le prove presuntive nel processo penale e civile hanno una portata diversa in quanto per il primo vige la regola del «oltre il ragionevole dubbio⁴⁶», in quello civile invece si fa riferimento al principio del «più probabile che non⁴⁷».

Nel sistema della responsabilità civile il principio di causalità assolve ad una duplice finalità: costituisce il criterio per cui è imputabile ad un soggetto un fatto illecito ed opera anche per l'accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal medesimo evento e che integrano un danno risarcibile⁴⁸.

Le norme del c.c. dettate in tema di risarcimento danno indicano espressamente la scelta del legislatore di separare il momento

⁴⁴ Art. 41 c.p., per cui è necessario dimostrare, avendo riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, che il danno si sarebbe comunque verificato senza quegli antecedenti.

⁴⁵ V. Amendolagine, *La risarcibilità del danno da perdita di «chance» conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*, nota a Cass. 18-09-2008, n. 23846, in *Giur. resp. civ.*, 815 s.

⁴⁶ Cass. pen. s.u. 11-9-2002, n. 30328, in *Danno e resp.*, 2003, 195 con nota di Cacace.

⁴⁷ Cass. s.u. 11-1-2008, n. 581, in <http://www.italgiure.giustizia.it> e in *Foro it.*, 2008, I, 453 con nota di Palmieri.

⁴⁸ Artt. 1226, 1226, 1227 c.c., rispetto alle quali disposizioni la sottostante valutazione di un giudizio ipotetico assume il valore di criterio idoneo a determinare compiutamente l'ammontare del danno patrimoniale arrecato al danneggiato, fondandosi, appunto, su di un criterio di causalità ipotetica, indispensabile per evitare di equiparare il risarcimento spettante al danneggiato ad una sorta di indebito arricchimento di quest'ultimo. In particolare, con il disposto dell'art. 1223 c.c., l'ordinamento mira a limitare il risarcimento del danno alla perdita effettivamente subita dal danneggiato ed al mancato guadagno da lui patito, poiché conseguenza immediata e diretta dell'altrui inadempimento o di altro fatto illecito.

dell'accertamento della responsabilità da quello del rilievo del contenuto di essa.

Il nesso di causalità assume, quindi, rilevanza quale elemento strutturale dell'illecito, che attiene al comportamento dell'autore da fatto astrattamente considerato e non qualificabile come generatore di un determinato evento pregiudizievole degli altrui interessi, meritevoli di tutela giuridica.

3.2- Nell'ambito della responsabilità per danno da perdita di «chance» il criterio del «più probabile che non» non può essere pedissequamente applicato poiché la casualità, accertata generalmente sul versante della «mera possibilità», in tale ambito va intesa non come mancato raggiungimento di un risultato possibile, bensì come sacrificio della stessa «possibilità» di conseguirlo valutando, così, tale aspettativa come un «bene» attuale, autonomo e diverso rispetto a quello della salute⁴⁹.

È stato rilevato, perciò, che l'essenzialità per incorrere in responsabilità è che l'evento sia prevedibile sulla scorta di regole statistiche e scientifiche dalle quali può discendere un giudizio di «non improbabilità» dell'evento⁵⁰. Riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta colpevole del professionista medico, la ricorrenza del rapporto di causalità non può essere esclusa sulla semplice scorta della valutazione dei «margini di relatività» bensì ricorrendo ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie se manca la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvivenza di altri fattori rilevanti e determinanti.

Il paziente, per effetto della condotta commissiva od omissiva del professionista, perde la *chance* che da un punto di vista statistico gli poteva essere riconosciuta, tenendo conto delle peculiarità della fattispecie.

La giurisprudenza di legittimità ha accolto l'orientamento per cui la *chance* va intesa come effettiva occasione favorevole di poter conseguire un determinato bene o risultato, non è mera aspettativa di fatto bensì è entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di

⁴⁹ Cass. s.u. 11-01-2008, n.581, cit.

⁵⁰ Cass. 21-1-2000, n.632, in *Giur. it.*, 2000, 1817 s., con nota di Matteo; Cass. 6-2-1998, n. 1286, cit.; Cass. 5-6-1996, n.5264, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1169 s.; Cass. 16-11-1993, n.11287, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 11 s.

un'autonoma valutazione⁵¹. Dalla sua perdita, ossia dal definitivo «venir meno» della possibilità di conseguire un determinato risultato utile di cui sia provata l'esistenza, consegue un danno concreto e attuale, non meramente ipotetico od eventuale e la perdita va commisurata alla mera possibilità di conseguirlo.

4. La sentenza in commento riporta le questioni del danno da perdita di *chance*, della sua quantificazione e della sua prova sopra affrontate, le quali vengono elaborate dalla Corte secondo un'interpretazione per certi versi, discutibile.

Il Tribunale di Milano non accoglie la domanda avanzata in via principale dalla parte attrice di risarcimento del danno, che consiste nel mancato ottenimento per Cir s.p.a. di una sentenza giusta, causato dall'illecito di corruzione in atti giudiziari commesso da Fininvest s.p.a., poiché osserva quanto non sia possibile effettuare una valutazione precisa e certa sulla determinazione assoluta della decisione che poteva essere potenzialmente elaborata da parte dello stesso Collegio ma totalmente incorrotto.

Viceversa, questa Corte accoglie in via subordinata la domanda di risarcimento del danno patrimoniale per perdita di *chance* avanzata dall'attrice che sostiene di aver subito gli effetti lesivi della corruzione in atti giudiziari ad opera di Fininvest s.p.a..

Sebbene la prima delle due decisioni non sia contestabile, è necessario rilevare le anomalie in merito alla seconda poiché la Corte accoglie la domanda riconoscendo in capo alla Fininvest s.p.a. una responsabilità extracontrattuale per la produzione del danno da perdita di *chance*, qualificato come danno patrimoniale e liquidato come danno emergente ma tramite una quantificazione secondo i criteri del lucro cessante.

4.1- Una prima confutazione investe la definizione della sfera della responsabilità del danno commesso da Fininvest s.p.a. poiché dall'analisi della questione del danno da perdita di *chance* a lungo dibattuta in dottrina e giurisprudenza, è possibile trarre la conclusione per cui è preferibile un riconoscimento della responsabilità nella sfera contrattuale, in tutti i casi cioè

⁵¹ Cass. 18-1-2006, n. 852, in <http://dejure.giuffre.it>; Cass. 25-5-2007, n. 12243, in *Mass. giust. cin.*, 2007, 5 s.

di violazione dell'art. 1218 c.c., ovvero di danno per lesione di diritti relativi e di interessi legittimi.

Nel nostro ordinamento giuridico, è stata riscontrata l'inesistenza di un diritto soggettivo vero e proprio alla *chance* a cui dovrebbe corrispondere una specifica tutela⁵².

In particolare si tratta di una responsabilità c.d. precontrattuale per la quale insorge una tutela per lesione all'interesse negativo, consistente in una perdita subita oppure in un vantaggio mancato che la parte avrebbe, con tutta probabilità, conseguito in mancanza del comportamento scorretto dell'altra⁵³.

La dottrina minoritaria è comunque favorevole alla natura extracontrattuale, pertanto la scelta interpretativa del Tribunale meneghino potrebbe ipotizzarsi ragionevole se fosse provata l'adesione della Corte a tale posizione ma, a prescindere dall'interpretazione della Corte e della sua libertà di adesione all'una piuttosto che all'altra posizione dottrinale, il reale dubbio si sostanzia aprioristicamente sulla possibilità o meno di riconoscere un danno configurabile come perdita di *chance* nel contesto della fattispecie in esame.

La lesione sussiste, infatti, solo se il vantaggio non è più perseguibile in via definitiva e la perdita risulta ormai irreversibile perché è evidente il fatto che, se al contrario ancora lo fosse, la *chance* non sarebbe del tutto persa⁵⁴.

La perdita totale ed assoluta viene rilevata in maniera differente secondo la sfera personale in cui il danno si produce, ad esempio nell'ambito medico è necessario individuare oltre al nesso di causalità, la perdita definitiva sulla base di statistiche precise elaborate secondo le peculiarità del caso di specie mentre in ambito giudiziario, a questo deve farsi riferimento durante questa analisi, la perdita di *chance* risulta irreversibile nel momento in cui per

⁵² R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007, 81 s. in cui afferma che è la perdita della «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o di evitare un effetto non voluto».

⁵³ Cass. 18-3-2003, n.3999, in *Giur. it.*, 2003, 1783 s., con nota di M. P. Suppa, *Danno da perdita di chance ed onere della prova*, in cui afferma che la *chance* «non è solo un'aspettativa di fatto, ma è entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione quale perdita di possibilità di conseguire risultati utili».

⁵⁴ F. Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, nota a Trib.Milano, 3-10-2009, Giud. Mesiano, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1859 s.

determinate circostanze, la sentenza non risulta più impugnabile nei gradi successivi di giudizio.

Nel caso Cir-Fininvest, nulla vietava in realtà alla parte attrice di impugnare in Cassazione la pronuncia della Corte d'appello non ancora passata in giudicato, adducendo come motivo di ricorso il vizio della motivazione della stessa sentenza, ma tutto questo Cir non l'ha fatto e la sua negligenza porta all'irrisarcibilità del danno in questione.

Va evidenziato, inoltre, il fatto che questa Corte avrebbe potuto comunque rilevare la perdita di *chance* tramite la «prognosi postuma» incentrata sul calcolo di probabilità di una pronuncia di accoglimento o rigetto della Corte di legittimità sul ricorso ma è stato rilevato che tale indagine prognostica non è stata effettuata dal giudice milanese.

La Corte dimostra l'esistenza del danno che dalle evidenze non appare riscontrabile e lo prova, tra l'altro, con mezzi discutibili.

4.2- Il giudice ritiene che sussista un nesso di causalità tra la corruzione del giudice Metta che ha portato alla pronuncia di nullità del lodo arbitrale e la successiva transazione inquinata e soprattutto indotta tra le due controparti.

In generale, il nesso di causalità tra fatto lesivo ed evento dannoso può essere provato con tre categorie di mezzi probatori che sono la «quasi certezza», la «probabilità relativa» e la «possibilità»⁵⁵.

La causalità nella perdita di *chance* è attestabile sulla mera possibilità di conseguire un risultato diverso ed il sacrificio della possibilità di conseguirlo è inteso come bene attuale, suscettibile di autonoma valutazione economica⁵⁶. Il nesso in tal caso rappresenta la «relazione probabilistica concreta» tra comportamento ed il fatto dannoso e va effettuata anche in riferimento alla norma violata.

La Cir formula una richiesta di risarcimento danni per perdita di *chance* riferendosi all'esito del giudizio penale in cui è stata accertata la responsabilità per fatto corruttivo, ritenendo il danno come una perdita di opportunità di ottenere una sentenza favorevole in assenza della corruzione

⁵⁵ P. Santoro, *Perdita di chance*, nota a Trib. Milano, 3-10-2009, giud. Mesiano, in *Danno resp.*, 2010, 76 s.

⁵⁶ M. Bona, *Casualità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, in *Corr. giur.*, 2008, 42 s.; M. Capecchi, *Nesso di causalità e perdita di «chance»: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur.comm.*, 2008, II, 143 s.

del giudice relatore⁵⁷, ma la prova della corruzione da parte di Cir appare in concreto non sufficiente.

La possibilità di ammettere prove in un processo anche presentate in altra sede, in questo caso si tratta delle prove di un processo penale assunte in sede civilistica, non è contestabile e ciò in forza del principio per cui un giudice può ricorrere ad ogni fonte di prova per formulare la sua convinzione. Crea perplessità, invece, l'eccessivo ricorso alla prova presuntiva che, tra l'altro, nel caso di specie non risulta corrispondente ai criteri di validità per il suo utilizzo, espressamente sanciti dalla legge.

Le presunzioni, plurime o singole, sono infatti mezzi di prova attendibili solo se risultano gravi, precise e concordanti.

Nel caso di specie non si possono riscontrare tali prerogative nelle singole argomentazioni addotte dal tribunale, ovvero che il prezzo della corruzione sia «con tutta probabilità» è di 400 milioni di euro⁵⁸, che sia prassi il fatto che il giudice relatore forzi la discussione in Camera di consiglio e che il giudice Metta in particolare avesse già operato in tal senso in altre discussioni camerali, che Silvio Berlusconi «non poteva non sapere» poiché il criterio «dell'oltre ogni ragionevole dubbio» è valido nell'ambito penalistico ma non già in quello civilistico.

Il giudice milanese cade, dunque, in errore argomentando la sua motivazione con un sistema di presunzioni non ammissibile⁵⁹ poiché in «doppio grado»⁶⁰, rifacendosi evidentemente ad indizi e non a prove ed attribuisce un risarcimento danni non ammissibile per carenza dei presupposti⁶¹.

La Corte continua affermando una consequenzialità tra evento

⁵⁷ Al tribunale milanese appare più «aderente alla realtà del caso concreto determinare concettualmente il danno subito da Cir come danno da perdita di *chance*... [dacché] nessuno sa come avrebbe deciso una Corte incorrotta» perché se «è vero che la corruzione del giudice.. privò la Cir della chance di ottenere una decisione favorevole» è altresì vero che «nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un collegio incorrotto, avrebbe emesso:... [giacché] una sentenza ingiusta avrebbe potuto essere emessa anche da un collegio nella sua interezza non corrotto».

⁵⁸ Si rinvia a nota 1, *infra*.

⁵⁹ Così Cass. 20-6-2006, n.14115.

⁶⁰ Così Gazzoni, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta*, cit., 1859 s.

⁶¹ Art. 2799 c.c. afferma che non si deve aprioristicamente propendere per il risarcimento del danno secondo l'affermato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, quando è il fatto illecito stesso ad essere presunto.

corruttivo lesivo e la transazione indotta tra le parti.

È necessario premettere che Cir avrebbe potuto ricorrere all'azione di revocazione⁶² per difetto di giudicato della sentenza ingiusta, godendo così di una tutela più opportuna. L'azione non è stata promossa in favore di una transazione decisa consensualmente tra le parti, consigliate dall'allora Presidente del Consiglio Giulio Andreotti.

Dal momento che Cir ha scelto di transigere anziché ricorrere per Cassazione, la sua rinuncia alla *chance* risulta implicita e comporta una palese interruzione tra evento corruttivo e danno subito.

4.3- La tutela predisposta da questa Corte si sostanzia nel risarcimento di questa forma peculiare di danno, individuato come patrimoniale, per la conclusione dell'accordo sfavorevole all'attrice.

Sulla patrimonialità del danno non sussistono dubbi in quanto il danno non patrimoniale si realizza in casi previsti tassativamente dalla legge, civile e penale ed in più la perdita del vantaggio è in ogni caso suscettibile di valutazione economica e per questo la *chance* viene considerata come un "bene" parte del patrimonio dell'individuo, che non risulta come entità unitaria bensì costituita dalla pluralità di situazioni economiche alle quali fa capo il titolare.

Sulla quantificazione del danno da perdita di *chance*, invece, la giurisprudenza e la dottrina hanno assunto due differenti posizioni a fronte delle quali sono state elaborate la teoria ontologica, a sostegno di una quantificazione alla stregua dei criteri del danno emergente e quella eziologica favorevole, viceversa, ad un giudizio di equità per la determinazione del lucro cessante.

La teoria tradizionale ontologica è quella che merita di essere accolta. Il danno da perdita di *chance* è danno emergente poiché si tratta della perdita di un'utilità preesistente nel patrimonio del danneggiato che deve dimostrare il nesso di causalità tra condotta commissiva od omissiva posta in essere dal danneggiante ed evento dannoso, che consiste nella perdita del vantaggio economico sperato, oltre alla prova che al momento della lesione esistesse una concreta e reale possibilità di realizzare tale vantaggio⁶³.

La perdita di *chance* può essere risarcita solo se è comprovabile che al

⁶² Art. 395 c.p.c.

⁶³ *Contra* S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 63 s. 556

momento dell'attuazione della condotta lesiva era esistente una possibilità pari o superiore al 50 per cento per il danneggiato di realizzare l'utilità per cui tutti i presupposti erano già esistenti nel suo patrimonio.

L'individuazione del risarcimento alla stregua del lucro cessante viene scartata anche per la rilevante difficoltà probatoria in capo al danneggiato, basata su due livelli.

Questo giudice ha ritenuto che si potesse accedere alla *chance* e ha proteso per l'identificazione del risarcimento nel danno emergente commisurandolo in percentuale all'80%, tuttavia ha errato nella quantificazione utilizzando i criteri ex art. 1226 c.c., propri dell'individuazione di un lucro cessante. Ha assunto che il danno sia scaturito dalla transazione inquinata⁶⁴ e dal fatto che il lodo arbitrale, essendo discrezionale, sia per tale sua natura meno contestabile.

Sulla base di queste considerazioni ha elevato la percentuale per poi reimpiegarla nella liquidazione del danno, reintroducendo tutte le componenti all'80% e calcolando la rivalutazione monetaria a cui ha sommato gli interessi compensativi medi⁶⁵.

Il danno è stato quindi liquidato secondo un criterio di equità che non può essere ricondotto alla sfera del danno emergente⁶⁶.

In questo contesto la valutazione appare quanto più inopportuna perché, a differenza di altri settori come i concorsi pubblici o l'ambito sanitario⁶⁷, nell'ambito giudiziario non sussistono parametri o dati statistici certi per attuare i relativi riferimenti e non va trascurato, inoltre, il fatto che nella fattispecie in questione, la prova per cui il lodo di equità viene individuato per sua natura limitatamente censurabile, risulta alquanto bizzarra.

Il tribunale si è espresso, infatti, in tal senso sulla base di un riscontro effettuato tramite una perizia fatta eseguire dalla parte attrice che ha conferito l'incarico ad una ricercatrice universitaria in materie giuridiche, la quale ha svolto una ricerca sull'esito dei giudizi di impugnazione di lodi arbitrali dinnanzi alla Corte d'appello di Genova per gli anni dal 2002 al

⁶⁴ Sancisce il Tribunale meneghino che «l'esito non possa non aver avuto conseguenze negative sull'andamento della società attrice e sulle sue prospettive».

⁶⁵ M. Tescaro, *Danni da perdita di «chance» e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, nota a Trib. Milano 3-10-2009, giud. Mesiano, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 258 s.

⁶⁶ Cass. 21-7-2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155 s.

⁶⁷ Così Cass. 14-12-2001, n. 15810.

2006 da cui è emerso che sono pochissime le sentenze che hanno annullato i lodi arbitrali di equità, lodi internazionali e lodi dichiarati non impugnabili.

È evidente che ciò non può costituire un precedente giuridico, tanto più se si considera il fatto che l'analisi è stata effettuata sulle decisioni a riguardo emanate da un'altra Corte, quella di Genova.

4.4- Da tutte queste considerazioni si può concludere che nel caso in questione non si può parlare di danno da perdita di *chance* e, pur ammettendolo, dovrebbe essere provato in maniera differente anche ricorrendo all'utilizzazione della prova presuntiva, plurima o unica, purché però siano configurabili in essa i caratteri della gravità, precisione e concordanza.

La domanda presentata in via subordinata da Cir s.p.a. in base alle suddette argomentazioni, non risulta accoglibile.

Qualora fosse stata provata correttamente l'esistenza di tale danno, l'individuazione come danno emergente, effettuata da questa Corte sarebbe corretta, ma va rilevato che non si possono superare i limiti che dall'interruzione del nesso di causalità derivano con il solo riferimento ai criteri del lucro cessante. In ultimo la società Cir ha richiesto il risarcimento del danno non patrimoniale che la Corte ha accordato per violazione dei diritti costituzionalmente sanciti agli artt. 24 e 111 Cost., oltre alla lesione all'onorabilità e reputazione della persona giuridica, frutto della sentenza ingiusta per la corruzione del giudice Metta. Date le premesse e le argomentazioni svolte, vi sono dubbi circa l'ammissibilità della pronuncia di questa Corte anche in merito a quest'ultimo punto.

Dovrebbero provarsi le effettive lesioni ai diritti costituzionalmente garantiti e non dovrebbe essere sottovalutato ancora l'elemento della transazione, che di per sé ha annullato ogni preteso effetto negativo all'immagine.

Alla luce di queste considerazioni si può affermare che la decisione del Tribunale milanese dovrebbe essere oggetto di un accurato riesame e quanto a Cir s.p.a., invece, va rilevato che per ottenere un'adeguata tutela dovrebbe riformulare le sue domande.

Cir potrebbe, infatti, intentare un'azione per invalidare la transazione sostenendo la sussistenza di un errore di fatto.

Con il contratto di transazione le parti prevengono l'insorgere di una lite

o pongono fine ad una lite già sorta facendosi reciproche concessioni⁶⁸.

È presupposto, dunque, uno stato d'incertezza soggettiva, che si traduce in un conflitto reale o potenziale tra le parti in ordine ad una determinata situazione giuridica.

L'annullabilità per errore di fatto potrebbe essere richiesta da Cir in via principale, sulla base del presupposto di cui all'art. 1975, co.2, c.c.⁶⁹ che individua come presupposto d'invalidità della transazione effettuata per un affare determinato, come nel caso di specie è la spartizione delle maggiori testate giornalistiche italiane, la scoperta posteriore di documenti a dimostrazione dell'assenza di diritti di una delle due parti.

Secondo questo presupposto, Cir s.p.a. potrebbe chiedere l'azione di revocazione ex art. 395 c.p.c. adducendo il presupposto per cui le sia stato impedito di presentare determinati documenti decisivi in giudizio per di fatto imputabile all'avversario.

In via subordinata potrebbe dunque richiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, dimostrandone l'esistenza in maniera adeguata e sostenendo il fatto che l'interruzione del nesso di causalità non è avvenuto per invalidità della transazione effettuata la quale le consentirebbe, tra l'altro, di poter chiedere gli ulteriori danni non patrimoniali e soprattutto di poter ricorrere in Cassazione adducendo i vizi della motivazione della sentenza emanata.

⁶⁸ Art. 1965 c.c. per cui «La transazione è il contratto [...], col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra di loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti»

⁶⁹ Art. 1975 c.c. per cui «La transazione che le parti hanno conclusa generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi tra di loro non può impugnarsi per il fatto che posteriormente una di esse venga a conoscenza di documenti che le erano ignoti al tempo della transazione, salvo che questi siano stati occultati dall'altra parte.

La transazione è annullabile quando non riguarda che un affare determinato e con documenti posteriormente scoperti si prova che una delle due parti non aveva alcun diritto».