

Andrea Montanari

“Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di *chance*”

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

© Andrea Montanari 2009
Università di Palermo
amontanari81@gmail.com

Data di pubblicazione: 27 aprile 2009.

ISSN 1724-7322
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)
Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506
giureta@unipa.it
www.giureta.unipa.it

PER UNA RICONSIDERAZIONE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE*

Andrea Montanari*

SOMMARIO: 1. La perdita di *chance* come danno meramente patrimoniale. – 2. Il risarcimento del danno tra danno emergente e lucro cessante. – 3. *Segue*. La perdita di *chance* come danno emergente. – 4. *Chance* perdute nella giurisprudenza italiana. – 5. *Loss of a chance* e certezza del danno nel *common law*. 6. *Loss of a chance*. *Le prospective expense*. 7. *Segue*. *Loss of prospective earnings*. 8. *Segue*. *Loss of a chance* e responsabilità professionale.

1. Il risarcimento della perdita di *chance* ha posto e pone molteplici interrogativi in ordine alla sua compatibilità con il dato normativo.

L'etimologia del termine *chance* rimanda ad «occasione favorevole», «vantaggio», se ne deve quindi inferire l'identificazione della perdita di *chance* con la perdita di un'occasione favorevole.

Al riguardo la domanda di tutela del soggetto risulta ampia e diversificata, estendendosi dall'ambito giuslavoristico sino a quello della responsabilità professionale. Alla molteplicità dei fronti operativi fa da controaltare l'unicità del carattere ipotetico della domanda cui si deve dare risposta: se l'avvocato mi avesse dato quel consiglio allora ...; se la procedura di valutazione concorsuale fosse stata effettuata secondo i criteri legali allora ...; se il medico avesse fatto la diversa e corretta diagnosi allora ...

Gli esempi sarebbero infiniti, mentre il compito del giurista è quello di dare un contributo il più possibile concreto, di modo da conferire un argine in funzione regolativa per evitare lo sconfinamento del risarcimento del danno verso ambiti di incontrollata extralegalità.

La *chance* appare *prima facie* come una *res* impalpabile, la cui perdita comporta notevoli sconvolgimenti nell'assetto qualitativo e quantitativo del patrimonio del soggetto. Il risarcimento del danno da perdita di *chance* risulta funzionale, quindi, alla tutela del patrimonio del soggetto sia sul versante dell'essere, la perdita dell'occasione, sia su quello del dover essere, le utilità che da quell'occasione potevano derivare (art. 1223 c.c.). Il danno da perdita di *chance* è, in altri termini, una pura perdita patrimoniale (*pure economic loss*)¹, ossia un pregiudizio

* Dottore di ricerca in Diritto Privato.

¹ La natura meramente patrimoniale del danno da perdita di *chance* traspare chiaramente dal caso *White v Jones* [1993] 3 W.L.R. 730 in cui la lesione di cui si chiede tutela colpisce, non già un elemento patrimoniale specifico, bensì una mera aspettativa di fatto all'incremento della consistenza patrimoniale. Così S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 374 s. Sulla tutela della *pure economic loss* nei diversi sistemi europei v. M. Bussani - V.V. Palmer, *Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di N. Cohen e E. McKendrick, Oxford-Portland, 2005, 189 s.

meramente economico che non consegue alla lesione di una situazione giuridica del danneggiato².

I principali interrogativi da sciogliere al riguardo vertono, da un lato, sulla compatibilità di un siffatto nocumento con le due specie della responsabilità civile – contrattuale ed extracontrattuale – e, dall'altro lato, sulla necessità di individuare i limiti entro i quali quell'apparente impalpabilità della perdita di *chance* può tradursi in un danno effettivamente esistente nel patrimonio del soggetto.

Sul primo versante, la non rispondenza della perdita di *chance* alla lesione di una situazione giuridica tutelata *a priori* dall'ordinamento impone di circoscriverne la tutela all'ambito contrattuale³, ove «l'inadempimento è come tale fonte di responsabilità, onde il danno che ne deriva, non avendo a presupposto la lesione di una situazione soggettiva, è risarcibile nei termini in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento»⁴.

Il danno meramente patrimoniale è infatti per antonomasia quello che discende dall'inadempimento dell'obbligazione⁵. Il carattere contrattuale della perdita di *chance* è poi confermato dall'essere ricompresa nell'alveo della tutela dell'aspettativa, la quale – si rammenta – «può diventare presupposto della responsabilità soltanto tra soggetti determinati nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante quando le parti questo abbiano voluto o la legge così preveda»⁶.

L'impossibilità di tutelare per via aquiliana la lesione in commento deriva dall'adesione alla lettura dell'art. 2043 c.c., sicuramente più rigorosa e conforme ai principi dell'ordinamento, quale norma di tutela di interessi giudicati *a priori* dal legislatore come degni di tutela⁷. Tale non è l'interesse all'integrità del

² V. al riguardo A. di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 s.; Id., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 327 s.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 32; 99 s., in part. 109 s.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 s.; V. Pietrobon, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 s.; C. Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 s.; M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 1-2; Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 349 s.

³ V. invece C. Bonanno, "La perdita di chance nel diritto privato". *Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2009, 13 s.

⁴ Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 323.

⁵ Così ora Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 371. La tutela contrattuale della *pure economic loss* è accolta nel diritto tedesco. Cfr. al riguardo Bussani - Palmer, *Between Contract and Tort*, cit., 212 s.

⁶ Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 545.

⁷ Com'è noto questa è la lettura dell'art. 2043 c.c. data da Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 237 s.; Id., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 319-320, secondo cui se i diritti soggettivi «hanno un significato, lo hanno come luoghi di una tutela che estendere al di là dei confini del diritto soggettivo o di altra categoria che a questo può essere sostituita sempre in funzione di accreditamento della tutela significherebbe neutralizzazione dei diritti stessi come interessi particolarmente qualificati e per ciò suscettibili di tutela [...] la tutela aquiliana limitata ai diritti soggettivi non è frutto di una scelta aprioristica e mero frutto di classificazioni, bensì il corollario dell'idea stessa di diritto soggettivo, il cui significato è quello di costituire un ambito di tutela fuori dal quale, *a contrario*, tutela è coerente non vi sia. Questa categoria

patrimonio, che, com'è noto, non riceve una specifica tutela risarcitoria, poiché non costituisce di per sé oggetto di una specifica situazione soggettiva, ma trova protezione solamente nelle singole situazioni soggettive patrimoniali di cui si compone⁸, il che, peraltro, è confermato dall'idea diffusa secondo cui l'ordinamento non considera né disciplina il patrimonio come un'entità unitaria, ma come formula sintetica di tutte le situazioni giuridiche e le utilità imputabili ad un soggetto⁹.

Ne consegue che le possibilità di protezione della perdita di *chance* sul versante della tutela aquiliana sembrano perseguibili soltanto abbracciando una lettura dell'art. 2043 c.c. come norma in bianco liberamente integrabile dal giudice, il quale dovrebbe, tramite un giudizio *ex post* di bilanciamento degli interessi, conferire al c.d. interesse di fatto rango di situazione giuridica tutelata¹⁰. Un tal modo di configurare il giudizio di responsabilità extracontrattuale comporterebbe però, com'è stato suggerito, uno spostamento dell'analisi del requisito dell'ingiustizia dal danno – su cui il legislatore l'ha esclusivamente appuntato – alla condotta, innestando valutazioni sulla giustificazione dell'agire del danneggiato, che il codice non sembra autorizzare¹¹.

della tutela che è il diritto soggettivo può essere aggiornata o sostituita, ad es., con quella di situazione soggettiva, rendendo tutelabili interessi che precedentemente non lo erano, ma è necessaria per stabilire il confine tra risarcibilità e no, responsabilità e no». Adde F. Piraino, «Ingiustizia del danno» e *antigiuridicità*, ivi, 2005, 703 s.; E. Camilleri, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, ivi, 2007, 43 s.

⁸ Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 113; A. di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 5 s.

⁹ Cfr. V.M. Trimarchi, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1982, 271 s., in part. 279, il quale precisa che il patrimonio non si presta ad una disciplina giuridica unitaria; B. Biondi, *Patrimonio*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino, 1965, 615 s.; nonché Id., *I beni*, in *Tratt. dir. civ.*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1953, 103, ove il rilievo che il patrimonio è la denominazione complessiva di una serie di rapporti; V. Durante, *Patrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 2.

¹⁰ Tale lettura è riconducibile a P. Trimarchi, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 98 s. Al riguardo v. di recente M. Libertini, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 s., in part. 404; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno resp.*, 2004, 937: «il danno risarcibile consiste nella lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile e possa quindi essere riparato mediante l'imposizione *ex lege*, ad un soggetto ritenuto responsabile, di un prestazione suscettibile di valutazione economica. Il danno (astrattamente) risarcibile diviene altresì danno «ingiusto» *ex art. 2043 c.c.*, con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*, se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato».

¹¹ Cfr. sul punto Piraino, «Ingiustizia del danno» e *antigiuridicità*, cit., 748 s.; Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 365 s., il quale confuta inoltre la linea di pensiero che ascrive alla nota pronuncia della Cass. s.u. 22-7-1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 2487 s. l'accoglimento dell'idea secondo cui la valutazione di ingiustizia rappresenta «il risultato di un giudizio comparativo da compiere caso per caso» ossia di una valutazione della reciproca posizione in concreto assunta dagli interessi confliggenti di danneggiante e danneggiato (Maggiolo, *Il risarcimento*, 221 s.). Tale lettura secondo Mazzamuto costituisce, infatti, «il frutto di un sovvertimento della *ratio decidendi* giacché il presunto superamento ad opera delle Sezioni unite della necessità di ancorare l'ingiustizia del danno ad un interesse meritevole di tutela del danneggiato non trova conferme nel corpo della motivazione ed anzi è smentito dal chiaro passaggio in cui si precisa che «compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex art. 2043 c.c.*, è quindi quello di procedere ad una "selezione degli

Tale lettura sembrerebbe inoltre assegnare al giudice un compito che non gli si addice alla luce dei principi dell'ordinamento italiano che impongono la previa valutazione da parte del legislatore degli interessi attribuendogli rilevanza giuridica¹².

Al riguardo, quindi, se l'opera della giurisprudenza sul c.d. diritto all'integrità del patrimonio¹³ vuole comportare la configurazione di una situazione giuridica soggettiva, lo deve fare ammettendo che i giudici abbiano, nel nostro ordinamento, il potere di creare situazioni soggettive e di ampliare, conseguentemente, lo spazio della responsabilità¹⁴.

Il diritto all'integrità del patrimonio pare perciò il frutto, come giustamente suggerito, «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 però per assunto»¹⁵.

2. L'analisi del secondo aspetto (certezza del danno) pone anch'esso un problema di stretta aderenza con il dato positivo ed in particolare con l'art. 1223 c.c.: «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Dalla disposizione in parola sembra discendere la necessità di funzionalizzare la tutela risarcitoria alla compensazione di una lesione certa, poiché avvenuta in passato (perdita subita), estendendola sino a comprenderne le eventuali ripercussioni future (mancato guadagno)¹⁶.

interessi giuridicamente rilevanti». Ed il criterio di selezione degli interessi, ad un'analisi complessiva della pronuncia, sembra coincidere con la verifica della loro considerazione da parte dell'ordinamento, anche in relazione al grado di consistenza ed intensità della tutela, e non già con la tecnica della comparazione». Mazzamuto, *ibidem*, 367. V. sul punto anche C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, ivi, 1999, 1264 s.

¹² Cfr. sul punto D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 15; A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 15; A. Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 357: «nel modello di ordinamento adottato dal giuspositivismo la volontà del legislatore pone la norma che, nei rapporti di diritto privato, emana una protezione alla volontà o all'interesse riconosciuto rilevante, trasformandoli in diritto soggettivo».

¹³ V. al riguardo di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, cit., 297-298; Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 111-113; C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1996, 10 e 15; Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., 64 s.; A. Thiene, *Usa giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 54 s.

¹⁴ Così Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 326 e v. anche Id., *C'è metodo in questo metodo?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 197, ove con riferimento alla giurisprudenza di cui *supra* in testo si ricorda «che proprio attraverso l'attribuzione dei diritti l'ordinamento ha provveduto a significare quali situazioni sono meritevoli di tutela e quali no. Ove si volesse poi inferire l'esistenza di un diritto sul patrimonio dal risarcimento riservato alla lesione che lo riguarda, si perverrebbe alla conclusione, sicuramente scorretta in un sistema di legge scritta, che i diritti sono conseguenza del riconoscimento operato dalla giurisprudenza».

¹⁵ Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 372.

¹⁶ Insiste sul requisito della certezza del danno A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, Milano, 1979, 304. Ma v. già G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa*

Si è sostenuto che tramite tale ultima voce risarcitoria il legislatore del 1942 abbia mitigato il requisito della certezza del danno, dischiudendo, invero, le porte alla risarcibilità del danno solo probabile¹⁷. Tale *vulgata* appare però leggermente imprecisa, in quanto il lucro cessante sembra più correttamente essere un guadagno che con certezza è venuto a mancare, la cui quantificazione è resa possibile soltanto con il ricorso a calcoli probabilistici.

In quest'ottica, quindi, come la perdita subita incide su di un bene giuridico già esistente nel patrimonio del soggetto, così il mancato guadagno ha un'incidenza dannosa certa la cui quantificazione è solo probabile: da un lato il danno emergente risponde all'elementare affermazione per cui non si può perdere quel che non si ha; dall'altro lato il lucro cessante è la manifestazione della circostanza che non può mancare ciò di cui non si hanno i presupposti per percepirne l'insoddisfazione. Detto altrimenti, con la voce «mancato guadagno» ci si riferisce a quel guadagno eventuale, la cui mancanza è certa.

Un esempio potrebbe risultare utile a fini di chiarificazione: se un soggetto acquista un'automobile è pienamente cosciente del differente valore di essa in uno stato integro ed in uno stato incidentato. Ne consegue che nel momento in cui l'automobile è coinvolta in un incidente, il soggetto subisce con certezza la mancanza del guadagno maggiore che avrebbe ottenuto in un'ipotetica vendita della medesima auto non incidentata. Qualora si volesse invece sostenere che il mancato guadagno costituisce una lesione eventuale, bisognerebbe ipotizzare che il soggetto, prima dell'incidente, domandi tutela per il lucro che non potrà incamerare nella sventurata ipotesi che l'auto sia incidentata: in tale fattispecie la lesione è solo eventuale, non essendosi verificato alcun evento (incidente).

Da quanto esposto discende, dunque, uno stretto legame di dipendenza tra le due voci risarcitorie in esame, nel senso che i presupposti necessari per il verificarsi del mancato guadagno sono inevitabilmente presenti nella perdita subita, conferendogli in tal modo la certezza del suo accadimento: seguendo l'esempio, la preesistenza dell'auto non incidentata consente di ipotizzare il suo differente valore una volta subito l'incidente; in altre parole, il guadagno manca, poiché ne svaniscono i presupposti¹⁸.

*extracontrattuale*², II, Torino, 1906, 317 s.; G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*⁷, V. Fonti delle obbligazioni. Quasi contratti. Fatti illeciti. Legge, Firenze, 1909, 269; G. Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 109; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III. L'attuazione², Milano, 1948, 468 s.; R. Scognamiglio, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 4 s. In particolare sul rapporto tra perdita di *chance* e requisito della certezza del danno v. M. Bocchiola, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55 s. In tema di certezza del danno la giurisprudenza ricorda la regola fondamentale per cui il lucro cessante deve sempre risultare positivamente dimostrato e che un risarcimento dei danni non può essere concesso in dipendenza di elementi meramente ipotetici. Cfr. Cass. 25 ottobre 1961 n. 2372, in *Resp. civ. prev.*, 1962, 66; Cass. 25 luglio 1967 n. 1964, *ivi*, 1968, 285; Cass. 26 ottobre 1968 n. 3597, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1313; [Cass. 3 settembre 1994 n. 7647](#), in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1128; [Cass. 18 aprile 2000 n. 5014](#), in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 20.

¹⁷ Cfr. G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 184 s.

¹⁸ Sul punto v. anche A. Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, in *Studi di dir. civ. comm.*, Napoli, 1953, 293, secondo cui l'indagine sul mancato guadagno concerne la mancata realizzazione dei presupposti necessari per il verificarsi del lucro. Adde F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel*

Le difficoltà ermeneutiche della voce «mancato guadagno» sembrano risiedere nello stesso significato del verbo «mancare», il quale può assumere dei contorni indefiniti, laddove lo si consideri scollegato da qualsiasi bene già esistente nel patrimonio del soggetto che ne funga da presupposto: la differenza tra mancanza eventuale e mancanza certa è assimilabile a quella tra il soggetto che si lamenta perché vuole sempre “qualcosa in più”, non essendo mai sazio di quello che già possiede, ed il soggetto che, invece, ha quasi tutti i francobolli e ne desidera altri due per completare la collezione. Il legislatore del 1942 ha deciso di tutelare il secondo soggetto, e non il primo, per l’ovvia ragione che quest’ultimo è mosso dal capriccio e dall’insoddisfazione perenne.

3. L’idea secondo cui tramite la tutela del lucro cessante si sarebbe consentito il risarcimento del danno probabile ha portato una parte della dottrina a sostenere l’analogia tra questo e la perdita di *chance*: se nonostante la sua ontologica impalpabilità ed incertezza nel verificarsi, la tutela del mancato guadagno è positivamente prevista, significa, allora, che anche la perdita di *chance*, quale danno meramente eventuale, è tutelata dal legislatore¹⁹.

Tale tesi appare però sfuocata per due ordini di ragioni: per un verso poiché postula, contrariamente a quanto si è tentato di dimostrare, che l’art. 1223 c.c. permette il risarcimento di una lesione eventuale; per altro verso perché la rilevanza giuridica della *chance* perduta, se la si inserisce nel quadro ermeneutico appena esposto, appare circoscritta dal legislatore all’ipotesi in cui essa rappresenti un danno emergente.

La preesistenza della *chance* nel patrimonio del danneggiato pare in questo senso il requisito necessario per giungere ad ipotizzarne la tutela²⁰.

La perdita subita ed il mancato guadagno sembrano doversi intendere, allora, come due facce del medesimo evento dannoso, il quale colpisce un’entità esistente nel patrimonio del danneggiato (perdita subita), elidendone al contempo i presupposti di un futuro impiego lucrativo (mancato guadagno).

Al riguardo si è sostenuto che il mancato guadagno ricorrerebbe nella fattispecie in cui vengono a mancare solo alcuni degli elementi che fungono da presupposti del lucro stesso, e ciò in quanto gli altri presupposti non potrebbero ancora far

risarcimento del danno, Milano, 1967, 93-94; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, artt. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, 823.

¹⁹ Così Cattaneo, *La responsabilità*, cit., 184 s. Ritengono che la perdita di *chance* costituisca un lucro cessante, invero dandolo come dato acquisito, R. Sacco, *Il contratto*³, II, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 263 e 605; P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 493; F. Parisi - M. Cenim, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale: un’analisi economica comparata*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 suppl., 220.

²⁰ La differente concezione della perdita di *chance*, come danno emergente o come lucro cessante, influisce anche sul piano probatorio. All’idea che identifica la perdita di *chance* con il mancato guadagno si accompagna la maggiore difficoltà di prova della lesione: in tal caso la parte lesa avrà l’onere di provare non solo il nesso di causalità tra la condotta e l’evento lesivo (danno emergente), ma anche che quest’ultimo ha provocato la cancellazione di un ulteriore evento che vi sarebbe stato con ragionevole probabilità (lucro cessante). Cfr. sul punto N. Monticelli, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 875; Id., *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell’esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, 298.

parte della sfera giuridica del soggetto: «se tutti i presupposti necessari e sufficienti alla produzione del lucro si trovassero riuniti nella di lui sfera giuridica, questi avrebbe già realizzato il lucro»²¹.

Tale costruzione però non pare convincente, poiché il requisito della certezza del danno sembrerebbe, invero, imporre proprio il contrario: la preesistenza di tutti gli elementi costitutivi per il verificarsi del guadagno, se da un lato fa sì che lo stesso sia già avvenuto, dall'altro lato appare l'unico modo atto a consentire di lamentarne la mancanza per il futuro, permettendone, peraltro, una più agevole quantificazione.

È confermato a livello positivo dall'art. 2697 c.c., che condiziona la possibilità di agire a tutela di un proprio diritto alla prova dei suoi elementi costitutivi. In tale quadro normativo colui che propone l'azione di risarcimento del danno deve provare l'esistenza di una lesione – patrimoniale o non patrimoniale – (elemento costitutivo) da cui discende in maniera immediata e diretta una perdita attuale e futura, essendo stati eliminati il bene, da un lato, e la sua attitudine ad essere fonte di guadagno, dall'altro²².

In tale ottica la *chance* appare risarcibile soltanto laddove il soggetto sia in grado di dimostrare la preesistenza di un'aspettativa «giuridica o legittima» di un'occasione favorevole sfumata a causa della condotta inadempiente di controparte (danno emergente)²³. Su tutt'altro piano si pone, poi, la problematica

²¹ Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 75. Pare orientarsi in tal senso anche la recente Cass. s.u. 26-1-2009, n. 1850, in *Juris data online*: «il creditore che voglia ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - 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 e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta».

²² V. anche Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 75 s. e spec. 77-78, il quale sottolinea che il tipo di prova detto *supra* nel testo non sarebbe possibile per la perdita di *chance* intesa come mancato guadagno: la stessa in questa prospettiva risulterebbe priva degli elementi costitutivi di cui dovrebbe rappresentare l'esternazione dannosa futura; adde Franzoni, *Dei fatti illeciti*, cit., 823.

²³ V. al riguardo A. De Cupis, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 105, il quale precisa che «l'aspettativa giuridica è individualizzabile quando l'interesse al futuro verificarsi di un fatto futuro è tutelato giuridicamente (art. 1356, 1358-1359): quando, invece, tale interesse, come verificarsi riguardo alla futura successione, non è tutelato giuridicamente, non corrisponde ad esso un'aspettativa giuridica o legittima, di cui non è indebitamente dilatabile, a proprio arbitrio, la nozione». L'A. in particolare critica la Cass. 25 giugno 1981 n. 4137, ivi, 1981, I, 2213 s. la quale, sulla scia del riconoscimento dell'obbligo per i genitori di provvedere al mantenimento dei figli oltre la maggiore età, concede il risarcimento del danno subito dal figlio a causa della morte del padre, quantificandola in misura maggiore al limite del raggiungimento della maggiore età ed oltre l'ulteriore limite del conseguimento dell'idoneità al lavoro produttivo, in quanto il figlio nutre un'aspettativa legittima basata sull'istituto della successione *mortis causa*. Tuttavia come sottolinea l'Autore la Corte sembra non tener conto della circostanza per cui «la futura esistenza di un patrimonio ereditario è una mera eventualità, basata sulla incerta formazione di esso, sulla discrezionale e spontanea propensione del genitore alla conservazione e al risparmio, al cui riguardo lo stesso genitore non ha obbligo alcuno, avendo al contrario [...] diritto di pienamente consumare i propri beni e i propri guadagni per le proprie esigenze. E di fronte a questo diritto del genitore, è assurdo contrapporre una legittima aspettativa ereditaria del figlio».

relativa alla prova necessaria per ottenere il risarcimento del danno per il mancato guadagno connesso al possibile sfruttamento della *chance*²⁴.

Su quest'ultimo versante si è proposta l'analogia a livello probatorio tra il mancato guadagno e la perdita di *chance*²⁵, in quanto in entrambe le fattispecie si perseguirebbe la documentazione della mera possibilità di verificazione del danno, non riuscendo quasi mai l'indagine «ad accertare con sicurezza che senza quel precipuo fatto dannoso si sarebbe verificato un determinato guadagno»²⁶.

Tuttavia tale assimilazione non pare compatibile con la lettura, peraltro condivisa dalla dottrina che si critica²⁷, della perdita di *chance* come danno presente ed immediato nel patrimonio del contraente c.d. fedele: la perdita subita, in quanto elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, deve essere dimostrata con certezza, tale prova, poi, costituisce a sua volta il presupposto per poter domandare il risarcimento degli eventuali guadagni sfumati e ad essa connessi. Ne consegue che, come esplicito più sopra, altro è parlare di perdita di *chance*, altro è disquisire di perdita delle utilità scaturenti dall'occasione perduta²⁸.

La distinzione ora menzionata appare di tutta evidenza nelle fattispecie di responsabilità professionale derivante da errata consulenza: la possibilità di soluzione alternativa della controversia – la *chance* – è presente nel patrimonio del danneggiato ed è eliminata nel medesimo momento in cui il professionista presta l'errato consiglio.

Di conseguenza, non si può nemmeno condividere la tesi, peraltro largamente seguita in giurisprudenza, che lega il soddisfacimento della prova degli elementi costitutivi della *chance* (art. 2967 c.c.) alla dimostrazione che le possibilità di un

²⁴ Il punto è spiegato da Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 97 s. attraverso il parallelo con l'avviamento commerciale, il quale è generalmente considerato come un bene autonomo (C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale. Le cose*⁵, III, Milano, 1935, 2; I. La Lumia, *Teoria giuridica dell'«azienda commerciale»*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 413, De Martini, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950; G.G. Auletta, *Dell'azienda*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 15-16) e, dunque, anche in tal caso è possibile distinguere tra lucri futuri e possibilità di conseguirli. Ciò nonostante si evidenzia un particolare di non poco conto sotto il profilo probatorio: mentre l'esistenza dell'avviamento è condizionata alla aspettativa di futuri guadagni, non potendo altrimenti nemmeno essere preso in considerazione, nell'ipotesi di *chance*, al contrario, non è l'esistenza dell'eventuale lucro che condiziona la possibilità, bensì «è l'esistenza di un'attuale possibilità che costituisce il presupposto logico indispensabile in vista di un eventuale vantaggio futuro». *Ibidem*, 100.

²⁵ Cfr. P.S. Migliori, *Ancora sulla responsabilità legale per negligenza*, in *Foro lombardo*, 1932, 593; Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 60.

²⁶ Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 60. V. anche Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, cit., 270. La somiglianza di cui *supra* nel testo risulta particolarmente apprezzabile secondo Cattaneo, *La responsabilità*, cit., 194 se si pone mente alla fattispecie di responsabilità del professionista. In quest'ultima l'A. ritiene che, ove il giudice sia in grado di pervenire alla conclusione per cui il cliente avrebbe potuto vincere la causa in appello, non sia possibile escludere *a priori* che l'avvocato responsabile possa essere condannato al risarcimento di tutti i danni derivanti dalla propria omissione, cioè il lucro cessante.

²⁷ Cfr. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 78.

²⁸ La perdita di *chance* risulta risarcibile solo qualora non abbia la veste di danno meramente ipotetico, bensì costituisca un danno certo ed effettivo, anche secondo De Cupis, *Il danno*, cit., I, 264; Id., *Aspettativa legittima*, cit., 105; Id., *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1183; A. Pontecorvo, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 447 s.; P.G. Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 185.

suo accadimento siano maggiori di quelle contrarie, limitando così il risarcimento della perdita di *chance* all'ipotesi in cui la percentuale di verifica della stessa sia superiore al 50%²⁹.

Se la *chance* infatti rappresenta o, meglio, rappresentava un'occasione alternativa effettivamente esistente nel patrimonio della parte al momento della conclusione del diverso contratto non andato a buon fine, ciò sembra essere sufficiente a dimostrare che una perdita vi è stata. La percentuale di probabilità di accadimento dell'evento vantaggioso effettivamente perduto può influire sulla determinazione del *quantum* risarcitorio, ma non sembra in grado di incidere sulla rilevanza giuridica della lesione in modo da negare tutela ad un soggetto che, ad esempio, ha subito la perdita del 25% di *chance* di vincere un concorso di bellezza a causa del mancato avviso dell'organizzatore. Bisogna perciò distinguere tra la dimostrazione dell'esistenza della *chance* e la sua quantificazione pecuniaria³⁰.

L'equivoco che porta a considerare la perdita di *chance* come un danno ipotetico è generato dalla circostanza che la sua valutazione risulta il più delle volte effettuata attraverso il riferimento alle possibilità del suo avveramento, creando in tal modo confusione tra il valore della perdita in sé e quello del guadagno che sarebbe potuto derivare dal suo utilizzo. Tale metodo in realtà rappresenta, implicitamente, la presa di coscienza dell'inesistenza di un valore pecuniario della *chance stricto sensu* considerata³¹ e, dunque, la sola possibilità di determinarne il valore pecuniario tramite il riferimento al guadagno correlato al suo impiego: il valore della proposta contrattuale scartata si misura anzitutto sui guadagni che sarebbero derivati dalla stipula del contratto.

Il valore della *chance* potrebbe, d'altra parte, derivare dal riferimento, non già alla prestazione alternativa in sé considerata, bensì a tutto ciò che attorno ad essa e per essa si muove: l'inadempimento di controparte comporta la perdita non solo delle spese sostenute per il contratto inadempito, ma anche di quelle eventualmente effettuate per finanziare un progetto contrattuale alternativo scartato. In questo senso, l'occasione messa da parte e successivamente perduta è traducibile in

²⁹ Cfr. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 101, e v. anche per la dottrina statunitense C.T. McCormick, *Handbook on the law on damages*, St. Paul Minn., 1935, 118 s. *Contra* M.R. Marella - L. Cruciani, *Il danno contrattuale*, in corso di pubblicazione, 58 (del dattiloscritto).

³⁰ Così anche F.D. Busnelli, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 51, che pone l'esempio di un vettore che, effettuando un trasporto non autorizzato, avrebbe fatto perdere una *chance de clientèle* ad un'altra società di trasporto (Société Nazionale des Chemins de Fer -s.n.e.f.-). In tal caso non si può affermare con certezza che le merci irregolarmente trasportate sarebbero, in caso contrario, state affidate alla S.n.e.f., non effettuando quest'ultima il servizio in regime di monopolio. D'altra parte, è certo che «la S.n.e.f. aveva una *chance de profit*; e la perdita di questa "*chance*" dà luogo, *di per sé*, ad un danno». Insistono sulla distinzione tra il profilo della rilevanza giuridica del pregiudizio e quello della sua quantificazione A.M. Princigalli, *Quand'è più sì che no: perdita di una «chance» come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, 384 s., O. Mazzotta, *Problemi giuridici del lavoro bancario*, Padova, 1987; Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1998, 367. Il concetto, inoltre, è ben chiarificato nel *common law* sin dal precedente *Chaplin v Hicks* (1911) 2 K.B. 786, la cui fattispecie riflette l'esempio fatto *supra* nel testo (adl riguardo v. *infra* § 5).

³¹ V. al riguardo Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 109 il quale nutre forti perplessità in merito all'idea di apprestare tutela risarcitoria alla *chance* perduta, stante l'inesistenza di un suo valore di mercato.

termini pecuniari nel costo delle ore lavorative impiegate dal contraente o dai suoi dipendenti per prestarvi attenzione.

Quanto esposto contribuisce, dunque, a definire i contorni di quella lesione che a tutta prima sembrava impalpabile, ma che, viceversa, risulta «emergente» nel patrimonio del danneggiato e solo in tale ottica risarcibile.

Vero è, pertanto, che la reale distinzione tra perdita di *chance* e lucro cessante è data dalla sua irrilevanza normativa laddove se ne postuli l'equivalenza. Quest'ultima è possibile, infatti, soltanto a livello fenomenico, poiché se si volesse considerare la perdita di *chance* come un mancato guadagno, la stessa finirebbe col rispecchiare quell'aspetto del verbo «mancare» dai contorni indefiniti corrispondente alla perenne insoddisfazione³², come tale non risarcibile³³.

L'unica ipotesi, dunque, di compatibilità del dato normativo con la perdita di *chance* sembrerebbe sussistere nel caso in cui questa rappresenti un danno emergente per il soggetto, in tal modo circoscrivendo l'ambito dei possibili lucri cui essa può dare origine³⁴. Detto con i termini della dottrina tradizionale, soltanto

³² In questo senso si condivide la critica all'identificazione della perdita di *chance* con il lucro cessante che fa Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 77-78: «colui che asserisce di aver subito la perdita di un guadagno può, invero, essere in grado di dimostrare i fatti costitutivi così da richiedere, fondatamente, il risarcimento dei danni sofferti; nell'ipotesi di perdita di una *chance*, invece, si rimane sempre nel campo dell'ignoto, perché in tal caso il danno è per definizione indimostrabile, anche sotto il profilo dei presupposti di natura costitutiva. Da questo punto di vista si può, in un certo senso, dire che la *chance* rappresenta quel lucro i cui elementi costitutivi rimangono nell'eventuale».

³³ Il risarcimento della perenne mancanza sembra essere quello concesso dalla Cass. 25 settembre 1998, n. 9598, in *Studium juris*, 1999, 81: «la cosiddetta "perdita di chance" costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro. Come tale, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità del verificarsi, in futuro, del danno». Sulla stessa scia sono le pronunce della giurisprudenza francese in materia di risarcimento per perdita di *chance de survie o de guérison*, puntualmente criticate da A.M. Princigalli, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 2, 320-321. La dottrina in parola non condivide l'orientamento insito in alcune decisioni afferenti la responsabilità del medico in cui le pretese *chance* perdute non sembravano avere valore autonomo (ad es. Cass. francese 1 giugno 1976, in *J.C.P.*, 1976, II, 18483): «non si sapeva se effettivamente vi era una possibilità di guarire, in quanto s'ignorava la ragione del pregiudizio finale. [...] L'uso della nozione di *perte d'une chance*, in simili casi, non sfugge a gravi incongruenze logico-giuridiche: confusione tra la perdita di vere *chances*, proiettate nel futuro, e l'evento – morte o invalidità – che si è mai verificato; disconoscimento della differenza che esiste tra le possibilità statistiche di evoluzione positiva di una malattia e le chances individuali del paziente; infine mancata distinzione tra il momento dell'accertamento dei fatti in cui può intervenire il criterio della probabilità, e il momento dell'applicazione del diritto». Di conseguenza si insiste sulla necessità che la perdita della possibilità di conseguire un utile non sia eventuale: «ciò avviene quando la *chance* è alla seconda potenza nel senso che il fatto ipotizzato postula il verificarsi di una doppia serie di eventualità. Per esempio nel caso di uccisione di un figlio minore, il risarcimento del danno rappresentato dalla perdita del diritto agli alimenti non sarebbe dovuto se i genitori, al momento del fatto illecito, non si trovano in una situazione di bisogno [Cass. francese 3 novembre 1971, in *D.*, 1972, 667]». Per una più recente ricostruzione della giurisprudenza transalpina v. M. Feola, *Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense*, ivi, 2004, 158 s.

³⁴ V. invece Princigalli, *Perdita di chances*, cit., 315 e Feola, *Nesso di causalità e perdita di «chances»*, cit., 152 (156); Id., *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 45 ritengono, in adesione all'atteggiamento seguito dalla dottrina

la considerazione della perdita di *chance* come danno emergente consente il suo trapasso dalla realtà fenomenica a quella giuridica, potendo in tal modo essere considerata un danno in senso giuridico³⁵.

La soluzione delineata dischiude le porte ad un'ulteriore prospettiva di indagine, cui in quest'ambito si può tuttavia soltanto accennare.

Si allude al pericolo che la configurazione della responsabilità dell'inadempiente per il danno conseguente al mancato sfruttamento dell'alternativa rivelatasi più vantaggiosa si traduca in un *vulnus* della regola secondo cui «la responsabilità del danneggiante non deve garantire il danneggiato contro rischi ai quali egli sarebbe stato sostanzialmente esposto»³⁶. Tale eventualità trapela nitidamente dalle fattispecie di responsabilità professionale in cui la scelta di seguire una strategia difensiva anziché un'altra, oppure quella di compiere una data operazione economica piuttosto che un'altra etc., rappresenta comunque il risultato di un'opzione liberamente effettuata dal soggetto.

Occorre domandarsi, allora, entro quali limiti si può parlare di autoresponsabilità del soggetto per le scelte effettuate.

Al riguardo sembra poter assumere rilevanza, in primo luogo, la qualifica dei soggetti agenti. Detto altrimenti, non pare si possa affermare che il grado di cognizione dei rischi connessi ad una determinata operazione economica posseduto dall'imprenditore sia il medesimo di quello proprio del consumatore. La scelta dell'imprenditore appare, infatti, più consapevole, per così dire, di quella del consumatore, che al contrario potrebbe apparire il più delle volte imposta da controparte.

In secondo luogo, sembrerebbe tornare utile il riferimento al dolo inteso, si badi bene, non già come criterio di imputazione dell'inadempimento³⁷, bensì come

francese, inutile il dibattito tutto italiano sulla classificazione dogmatica della *chance*, in quanto tale pregiudizio non può risolversi interamente né in un danno emergente, né in un lucro cessante, rappresentando, invero, un evento dannoso che, a seconda delle ipotesi, si compone di una perdita subita e di un mancato guadagno ovvero di entrambe queste voci. Ne consegue che la risarcibilità della perdita di *chance* non è affatto condizionata dalla sua riconducibilità al danno emergente o al lucro cessante (così Princigalli, *ibidem*, 324).

³⁵ V. al riguardo De Cupis, *Il danno*, cit., 7 s., il quale ricorda che il concetto di danno è duplice, in quanto appartiene sia all'ordine fisico, sia all'ordine giuridico. L'appartenenza al primo ordine si desume agevolmente dal significato del termine «danno»: nocimento, pregiudizio; la vita quotidiana è caratterizzata da una serie infinita di nocimenti o alterazioni ai quali si può dare il nome di danni fisici. Diversamente la seconda sfera di pertinenza è determinata attraverso lo studio del giurista, il quale deve individuare, a livello naturale, l'ambito comprensivo di quelle alterazioni che la legge prende in considerazione apprestandogli tutela (danni giuridici): deve determinare l'area del giuridicamente rilevante.

³⁶ P. Trimarchi, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 2.

³⁷ La costruzione più convincente del giudizio di responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) è quella che fonda lo stesso sul concetto di inadempimento, il cui accertamento prescinde da qualsiasi indagine sullo stato soggettivo del debitore (ossia sulla colpa o sul dolo) e si appunta sulla mera violazione del vincolo. Cfr. in tal senso L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 294 ss.; Id., *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1075; Id., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 515; A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, art. 1173 - 1176, Bologna-Roma, 1988, 480 nt. 7; Id., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 42 s.; C. Castronovo, sub art. 1176, in *Comm. cod. civ.*, diretto da

qualifica dell'inadempimento dell'obbligo, la quale potrebbe giustificare l'ampliamento della responsabilità dell'inadempiente per comprendervi i rischi normalmente sopportati da controparte.

L'argomentazione da ultimo avanzata non appare peregrina se si pone mente alle funzioni connesse dal legislatore alla qualificazione dolosa dell'inadempimento. Al riguardo si può menzionare l'art. 1225 c.c. che, qualora l'inadempimento o il ritardo non dipenda da dolo del debitore, limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione. In tale fattispecie la tutela della libertà di azione del soggetto, il quale non può essere preventivamente terrorizzato dall'idea di dover ipoteticamente rispondere di un danno da lui non prevedibile nel momento in cui contrae l'obbligazione, viene meno quando si traduce nell'inadempimento doloso dell'obbligo. Ancora, l'art. 1229 c.c. attribuisce all'inadempimento qualificato da dolo la capacità di sovvertire un eventuale patto di esonero da responsabilità, comportando la totale responsabilità dell'inadempiente³⁸.

Nell'ambito della perdita di *chance*, se da un lato appare iniquo addossare sul soggetto responsabile i rischi connessi al mancato sfruttamento delle più vantaggiose opportunità cui controparte sarebbe stata comunque esposta, dall'altro lato appare del pari iniquo che essa debba risponderne in quelle fattispecie in cui la perdita dell'occasione favorevole derivi dall'inadempimento doloso.

4. La giurisprudenza italiana riconosce, forse influenzata anche dai giudici d'oltralpe³⁹, la tutela della *chance* nei limiti in cui la sua perdita costituisca un danno un danno emergente per il soggetto (art. 1223 c.c.), tale impostazione sembra trapelare sin dalle prime pronunce sul tema⁴⁰.

Al riguardo è opportuno ricordare la sentenza del 19 novembre 1983 n. 6906 con cui la Corte di Cassazione concede il risarcimento del danno da perdita di *chance* conseguente alla illegittima estromissione di alcuni candidati dalle ulteriori prove

P. Cendon, IV, artt. 1173-1654, Titolo I. Delle obbligazioni, Torino, 1991, 27; Id., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V. Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998, 123; Id., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 455 s., 555 s.; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797-798; F. Piraino, *La pretesa dell'adempimento e giudizio di responsabilità contrattuale. Contributo alla teoria dell'obbligazione*, in corso di pubblicazione, 348 s. (del dattiloscritto).

³⁸ Cfr. sul punto P. Cendon, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 30 s.

³⁹ Il riferimento è alla giurisprudenza francese, la quale pur dopo alcuni tentennamenti, ha riconosciuto «la preesistenza della *chance de survie* al comportamento dannoso. Se il chirurgo omette di accertare, prima dell'intervento, che l'operando è digiuno e due ore dopo il paziente muore, la responsabilità del convenuto afferma la Cassazione, si ricollega al fatto che il malato è stato privato di una possibilità di sopravvivenza [Cass. francese 27 maggio 1973, in *Gaz. Pal.*, 1973, 630]. Viene fatto lo stesso ragionamento se il medico ritarda la messa in opera di terapie adeguate, in presenza di sintomi di complicazioni postoperatorie [Cass. francese 2 maggio 1978, Mandryka, in *J.C.P.*, 1978, II, 18966]». Princigalli, *Perdita di chances*, cit., 320.

⁴⁰ Cfr. sul punto C. Severi, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 302 s.

previste per il superamento di un pubblico concorso⁴¹. Nella fattispecie in questione i candidati, che avevano superato l'esame sanitario, lamentavano il danno derivante dall'esclusione dalla partecipazione alle ulteriori prove consistenti nell'esame di guida, di dettato e di aritmetica. Il concetto di *chance* fatto proprio dalla Corte di Cassazione risulta abbastanza chiaro nel passaggio seguente: «ai lavoratori è stata sottratta una situazione [...] di cui avevano diritto di usufruire; il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole, bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, possibilità esistente nei loro patrimoni al momento in cui hanno subito il comportamento illecito dell'azienda e la lesione del diritto»⁴².

La necessaria preesistenza della *chance* nel patrimonio del danneggiato e la conseguente identificazione della stessa quale perdita subita *ex art.* 1223 c.c. è esplicitamente affermata più tardi dalla medesima Corte quando riconosce in capo ad un candidato, illegittimamente estromesso dalla prova orale di un concorso, il risarcimento della «perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione», qualificandola come «danno emergente»⁴³.

La concezione di *chance* fatta propria dalla giurisprudenza è ben esplicita dalla dottrina tradizionale, la quale pone in risalto, commentando il *decisum* della Corte, come in tal caso venga risarcito non già il danno «futuro e lucro cessante, corrispondente alla vittoria finale nel concorso, data l'incertezza del superamento della prova orale e della conseguente vittoria, col vantaggio patrimoniale inerente all'ottenimento del posto di lavoro: ma, bensì, il danno *emergente*, consistente nella perdita della possibilità, *attuale e legittima*, di partecipare alla prova orale con apprezzabile prevedibilità di esito favorevole: il danno, quindi, avente per

⁴¹ Cass. 19 novembre 1983 n. 6906, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1841 s. con nota di E. Cappagli, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*; v. anche Princigalli, *Perdita di chances*, cit., 323-324, la quale mette in risalto come in tale sentenza si proceda al risarcimento della perdita di una possibilità esistente nel patrimonio dei lavoratori, ai quali era stata sottratta una situazione – ammissione a sostenere le ulteriori prove – di cui avevano diritto di usufruire. In particolare nella fattispecie in discorso ci si trovava dinanzi non già ad un rifiuto dell'azienda di assumere i lavoratori, bensì al diniego di far espletare loro «le ulteriori prove al cui superamento era condizionato della procedura di assunzione. L'elemento d'incertezza, insito nella prova, poteva far dubitare del diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, la Cassazione accoglie l'idea che la perdita di una *chance* è un danno autonomo (e, pertanto, risarcibile) e afferma che il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo a entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile».

⁴² Cass. 19 novembre 1983 n. 6906, cit., 1842-1843.

⁴³ Cass. 19 dicembre 1985 n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 384 s., con nota di Princigalli, *Quand'è più sì che no*, cit.; in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1182 s. con nota di De Cupis, *Il risarcimento*, cit.; in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207 s. con nota di V. Zeno-Zencovich, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*. La configurazione della perdita di *chance* come danno emergente è data, inoltre, da Trib. Monza 21 febbraio 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 859, con nota di A. Dassi, *Sulla lesione da perdita di «chance» di un corridore automobilistico*; Trib. Roma 28 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, 658 s., con nota di A.M. Paces, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e virtù di una costruzione giurisprudenziale*; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, 393 s. In ambito amministrativo v. T.A.R. Lombardia 23 dicembre 1999, in *Corriere giur.*, 2000, 392, con nota di A. di Majo, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, che afferma la risarcibilità della perdita di *chance*, in quanto «la ricorrente, già titolare del servizio, e classificatasi al secondo posto nella gara annullata, avrebbe potuto partecipare ad una nuova gara facendo valere una possibilità di successo presumibilmente non priva di consistenza».

oggetto un interesse attuale concretantesi nella compromissione di una “chance” esistente e giuridicamente protetta, già facente parte del patrimonio del soggetto»⁴⁴.

Da quanto esposto discende, pertanto, che secondo la Cassazione la *chance* è sempre risarcibile, una volta provata la sua preesistenza nel patrimonio del soggetto: «va considerato, ai fini della sussistenza e della determinazione del danno risarcibile [...] che il concetto di perdita e di guadagno di cui all’art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniaria, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile. In concreto, costituisce un’entità patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall’entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto; il fatto che la situazione sia idonea [...] a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa rannodato, influisce non sull’esistenza, ma sulla valutazione di un danno risarcibile»⁴⁵. Una volta provati i presupposti, ossia l’esistenza di un’aspettativa giuridica oramai perduta, la probabilità di conseguirla, e quindi di trarne un utile, inciderà sulla quantificazione del danno risarcibile e non già sulla statuizione circa l’esistenza o meno di tale aspettativa/possibilità⁴⁶.

Al riguardo però, la giurisprudenza successivamente muta indirizzo, ancorando il giudizio sulla rilevanza giuridica del danno subito alla prova che la percentuale di verifica del risultato sperato sia superiore al 50%. Tale assunto tuttavia sembra, come si è già tentato di spiegare, un’iniqua amputazione di tutela per la parte che ha subito la lesione⁴⁷.

Sul versante della conformità del pregiudizio in commento con le differenti regole risarcitorie previste nel nostro sistema, la giurisprudenza appare assai chiara e coerente nel prevedere il risarcimento della perdita di *chance* in ogni ambito: dalla responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale sino a comprendere quella amministrativa.

⁴⁴ De Cupis, *Il risarcimento*, cit., 1182-1183.

⁴⁵ Cass. 19 novembre 1983 n. 6906, cit., 1842.

⁴⁶ «Invero, quando la “chance”, per la sua legittimità, è giuridicamente protetta, la sua lesione pregiudica pur sempre un elemento attuale del patrimonio del soggetto. Il risarcimento dovrà esservi salva la limitazione del suo *quantum*. Preciso: il risarcimento della perdita di “chance” è sempre inferiore al danno corrispondente all’utile patrimoniale conseguibile colla vittoria [del concorso]; ma questa inferiorità varia a seconda della misura della stessa “chance”». De Cupis, *Il risarcimento*, cit., c. 1183.

⁴⁷ Sul punto v. *supra* § precedente. Tale impostazione è già presente in Cass. 19 dicembre 1985 n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, cit., 212: «ai fini della dimostrazione di tale possibilità di risultato positivo può essere sufficiente che il danneggiato provi che essa possibilità sia superiore al 50%; invero – come è stato osservato in dottrina – in presenza di una percentuale di possibilità sfavorevole maggiore di quella favorevole, non vi è ragione alcuna che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima, e, quindi, la sussistenza del danno». Successivamente è seguita dalla maggioranza della giurisprudenza di legittimità e di merito, per cui v. Trib. Cosenza 10 dicembre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 956 che esclude l’esistenza di un danno risarcibile sulla base della mancanza di una rilevante possibilità (superiore al 50%) di verifica dell’evento sfumato; Trib. Torino 16 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 320. Al riguardo v. Severi, *Perdita di chance*, cit., 316 s. che rileva la contraddittorietà di tale pronunce con l’assunto per cui la perdita di *chance* sarebbe un danno emergente.

La non rispondenza della lesione della *chance* ad una situazione giuridico soggettiva giudicata *a priori* dal legislatore come degna di tutela non sembra costituire un freno all'opera giurisprudenziale volta ad estendere oltremodo i confini della responsabilità aquiliana. Gli stessi non sembrano alle volte nemmeno venire presi in considerazione, nel senso che, giusta la compatibilità della lesione in commento con il dato normativo sul versante della sua certezza, la giurisprudenza pare sentirsi esentata dal verificarne la compatibilità con la regola di cui all'art. 2043 c.c. Ne consegue che la Corte di Cassazione si limita ad affermare che la perdita di *chance*: «non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione [...] onde la sua perdita [...] configura un danno concreto ed attuale»⁴⁸. Tale assunto non è altro, però, che una riaffermazione della mera patrimonialità del pregiudizio, il che non basta ad attivare il rimedio risarcitorio di stampo aquiliano, mancando quel necessario riscontro normativo volto ad accertare la previa esistenza della situazione soggettiva che si assume violata⁴⁹. Si è infine riconosciuta anche la possibilità di tutelare la perdita di *chance* conseguente alla lesione dell'interesse legittimo, la quale risulta contemplata sin dalla sentenza del 27 luglio 1999 n. 500⁵⁰. Si sono così dischiuse le porte al risarcimento dell'occasione perduta da una società di essere riconosciuta aggiudicataria di una gara d'appalto, qualora si fosse ripetuta la gara annullata e, quindi, non fosse già stato stipulato il contratto tra l'Amministrazione e l'Ente aggiudicatario⁵¹.

5. L'inquadramento della perdita di *chance* come ipotesi di danno emergente al fine di rispettare il requisito della certezza del danno trae conferma dall'analisi delle soluzioni adottate nell'esperienza di *common law* sulla tematica del risarcimento del danno probabile⁵².

⁴⁸ Cass. 11 dicembre 2003 n. 4400, in *Cass. pen.*, 2541.

⁴⁹ Cfr. sul punto Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 326. Quanto detto *supra* nel testo vale *a fortiori* con riguardo alle fattispecie di risarcimento della perdita di *chance* in cui la giurisprudenza utilizza la "creatura" da lei stessa coniata: il diritto all'integrità del patrimonio (al riguardo v. *supra* § 1).

⁵⁰ In uno dei passaggi della Cass. s.u. 22 luglio 1999, n. 500, cit., 2487 s. richiama, con riguardo alla risarcibilità degli interessi c.d. pretensivi, «un giudizio prognostico [...] onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione soggettiva suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva»

⁵¹ Cfr. T.A.R. Lombardia 23 dicembre 1999, cit., 391 s.

⁵² Sulla certezza del danno in *common law* v. H. McGregor, *McGregor on damages*¹⁷, London, 2003, 299 s.; A. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*³, Oxford, 2004, 53 s., il quale in particolare richiama l'attenzione sul giudizio di causalità effettuato in termini probabilistici, che durante il XX secolo ha conquistato le Corti di *common law*: «Interestingly, in the US in the nineteenth century some types of loss, especially contractual loss of profits had to be proved with certainty. As such, and in contrast to England, certainty played a vigorous role in restricting damages alongside limiting principles, such as remoteness and the duty to mitigate. During the twentieth century this high standard has been relaxed so that, in the US too, the standard required is now one of reasonable certainty» (*ibidem*, 61). Per una ricostruzione delle recenti evoluzioni giurisprudenziali nel *common law* anglosassone in materia di nesso causale nell'ambito del risarcimento connesso alla perdita di *chance* v. anche Id., *Uncertainty about uncertainty: damages for loss of a chance*, in *J.P.I. Law*, 2008, 31 s.

Lo studio della *loss of a chance* nella prospettiva di *common law* tende a isolare il problema della probabilità del danno da quello dell'accertamento della sua esistenza. Il metodo adoperato dai giudici d'oltre manica, volto a focalizzare la violazione cui ancorare il rimedio concesso alla parte, si traduce nel mettere a fuoco in maniera chiara il *breach of contract*, facendo scivolare sul versante della valutazione del *quantum* risarcitorio il giudizio probabilistico sulle possibilità di successo dell'occasione perduta.

Tale approccio traspare chiaramente sin dal caso *Chaplin v Hicks*, che può essere considerato il *leading case* sulla tematica della certezza del danno. Nella fattispecie in parola il direttore di un noto teatro londinese organizza un concorso di bellezza articolato in due fasi: la prima basata sul voto dei lettori della rivista tramite cui decidere le cinquanta ragazze che avrebbero partecipato alla fase finale con in palio dodici premi (seconda fase). Chaplin, nonostante fosse stata selezionata per la fase finale, non poté parteciparvi a causa della negligenza del direttore teatrale il quale mancò di informarla al riguardo. Ne consegue la richiesta dell'attore del risarcimento del danno subito a causa della perdita della possibilità di vincere il concorso. La Court of Appeal nel risolvere il caso distingue tra i requisiti richiesti al fine di riconoscere l'esistenza della lesione e quelli necessari per la sua valutazione.

In tal senso la Corte afferma che risulta del tutto inappropriato negare il risarcimento del danno sulla base dell'estrema incertezza sull'effettivo verificarsi dell'occasione favorevole, non potendosi dubitare dell'esistenza in capo a Chaplin del diritto a partecipare alla competizione e, quindi, della *chance* di vincere, derivando la stessa dal contratto stipulato con il *theatrical manager*⁵³. La questione attinente al calcolo delle probabilità di vittoria concerne, infatti, la valutazione in termini pecuniari del pregiudizio e non già la statuizione circa la sua esistenza o meno.

Una volta accertata, quindi, l'esistenza del *breach of contract*, da cui discende l'immediata perdita di un potenziale successo nella competizione, non si può nascondere il riconoscimento del risarcimento di un danno effettivamente patito dietro il sipario della complessità che caratterizza la determinazione del suo ammontare. Quest'ultima, come in alcuni casi può essere agevolata dalla presenza di chiari parametri – come ad esempio quando si tratta di calcolare il mero valore differenziale tra il bene contrattato e quello di mercato –, così in altre ipotesi può risultare più complessa, ma ciò non può tradursi nel comodo adagio *no market price-no damages*, poiché «in such a case the jury must do the best they can»⁵⁴.

⁵³ Cfr. L.J. Vaughan Williams in *Chaplin v Hicks*, cit., 790 s. e L.J. Fletcher Moulton, *ibidem*, 795: «To my mind the contention that they are too remote is unsustainable. The very object and scope of the contract were to give the plaintiff the chance of being selected as a prize-winner, and the refusal of that chance is the breach of contract complained of and in respect of which damages are claimed as compensation for the exclusion of the plaintiff from the limited class of competitors. In my judgment nothing more directly flowing from the contract and the intentions of the parties can well be found».

⁵⁴ Vaughan Williams in *Chaplin v Hicks*, cit., 792. Quest'ultimo imperativo risulta, successivamente, ripetuto anche con riguardo alle fattispecie di contratto di vendita di un bene difettoso, ove, sebbene l'inadempimento risulti *ictu oculi*, non si è in grado di stabilire la diminuzione del valore commerciale del bene. Cfr. *Biggin & Co. LD. v Permanite, LD.*, (1951) 1 K.B. 422.

In questo senso la determinazione dell'ammontare risarcitorio è effettuata valutando le possibilità di vittoria realmente esistenti nel patrimonio della ragazza al momento dell'inadempimento contrattuale: nell'ipotetica competizione i contendenti sarebbero stati cinquanta per dodici premi e, dunque, la ragazza avrebbe avuto una possibilità su quattro di vittoria (circa il 25 % di possibilità)⁵⁵. La Court of Appeal quindi, spostando il connotato dell'incertezza sul versante della valutazione pecuniaria della lesione, se per un verso fugge da una facile negazione di tutela, per altro verso condiziona l'attivazione del rimedio risarcitorio alla prova di una perdita effettiva⁵⁶, evitandone l'individuazione astratta attraverso il comodo riferimento alla probabilità del suo verificarsi. L'ontologica potenzialità del danno da perdita di *chance* nell'ottica di *common law* non afferisce, dunque, alla prova dell'elemento costitutivo della pretesa risarcitoria - esistenza o meno della lesione -, ma tutt'al contrario incide sull'aspetto della sua quantificazione e delle future ripercussioni lesive⁵⁷. Che la tutela della perdita di *chance* debba essere circoscritta alle fattispecie in cui essa sia già presente nel patrimonio del danneggiato al momento del pregiudizio, risulta confermato inoltre dalla distinzione posta da Lord Reid in *Davies v Taylor* tra danni presenti e danni futuri: se per un verso è possibile provare la lesione attuale quale conseguenza dell'evento dannoso accaduto in passato, per altro verso non è dimostrabile un nocumento futuro, la cui verifica può essere solo presunta secondo una determinata percentuale di probabilità⁵⁸.

⁵⁵ V. invece la soluzione presa dalla House of Lords nel caso *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* (1987) A.C. 750 sulla responsabilità del medico per errore diagnostico. Nella fattispecie in parola un ragazzo, mentre si trovava a scuola, cadde da una corda sulla quale si stava dondolando. All'ospedale ove si era recato gli fu effettuata una radiografia del ginocchio, ma non dell'anca sinistra sulla quale era, invece, caduto, conseguentemente venne bendato e rimandato a casa. Dopo alcuni giorni, lamentando ancora dolori, il ragazzo si presentò nuovamente all'ospedale ove gli fu diagnosticata la frattura dell'anca ed il distacco dell'epifisi del femore. Le terapie alle quali fu immediatamente sottoposto non sortirono effetto sperato ed il ragazzo soffrì di una grave invalidità permanente dovuta ad una necrosi extravascolare nel frattempo sviluppatasi. Nell'azione intentata nei confronti del medico fu provato che Hotson al momento del primo ricovero in ospedale avrebbe avuto, se diligentemente visitato, una *chance* di evitare la necrosi del 25%. Diversamente dai giudici della Court of Appeal la House of Lords non riconobbe il risarcimento della perdita di tale *chance* di guarigione, in quanto la lesione poteva dipendere al 75% da altri fattori indipendenti dalle cure negligenzemente effettuate dal medico.

⁵⁶ V. in proposito anche *Aerial Advertising Co v Batchelors Peas* (1938) 2 All E.R. 788, spec. 796: «difficulty of proof does not dispense with the necessity of proof».

⁵⁷ In tal modo le Corti anglosassoni giungono a concedere altresì il rimedio risarcitorio per perdite la cui effettività è solo presumibile, restando però chiara la fattispecie lesiva da cui derivano. Al riguardo la casistica di stampo contrattuale è assai scarsa, riducendosi alle fattispecie di perdite pecuniarie conseguenti al calo di reputazione creditoria. V. tra gli altri *Rolin v Steward* (1854) 14 C.B. 595; *Kpohraror v Woolwich Building Society* (1996) C.L.C. 510; *Wilson v United Counties Bank, Ltd.* (1920) A.C. 102. Molteplici sono i casi di responsabilità in *tort* per cui v. tra gli altri *Tripp v Thomas* (1824) 3 B. & C. 427; *Quinn v Leatham* (1901) A.C.

⁵⁸ Cfr. Lord Reid in *Davies v Taylor* (1974) A.C. 207, 213: «you can prove that a past event happened, but you cannot prove that a future event will happen and I do not think that the law is so foolish as to suppose that you can. All that you can do is to evaluate the chance. Sometimes it is virtually 100 per cent.: sometimes virtually nil».

L'apertura data da *Chaplin v Hicks* nel senso della risarcibilità di quelle perdite il cui ammontare non risulta calcolabile con certezza ha comportato il proliferare di fattispecie dannose caratterizzate, non già dalla mancanza del danno, bensì dalla difficoltà di una sua valutazione dipendente da varie circostanze.

A tal proposito si possono menzionare le fattispecie di risarcimento del danno non patrimoniale, ove risulta pressoché impossibile stabilire il valore delle sofferenze patite dal soggetto leso⁵⁹. La seconda metà del XX secolo è stata, inoltre, caratterizzata dall'incremento della casistica attinente a disastri industriali causati dalla negligenza del datore di lavoro nell'adottare le misure di sicurezza imposte dagli *standard* della società contemporanea. In tale ambito, sebbene l'esistenza del pregiudizio appaia certa, la difficile valutazione del *quantum* risarcitorio dipende dalla potenziale riconducibilità del pregiudizio a diverse circostanze e, quindi, dalla complessità inerente l'analisi dell'effettiva incidenza dannosa di ciascun fattore⁶⁰.

6. La distinzione concettuale tra l'accertamento del *breach of contract*, quale elemento fondante la concessione del rimedio risarcitorio, e la probabilità di verificazione dell'occasione favorevole, influente sull'aspetto della stima del *quantum* risarcitorio, è rinvenibile anche nelle soluzioni adottate dai giudici di *common law* nell'ambito della tutela dei danni da perdita di *chance* connessi alle *prospective expense*, alle *loss of prospective earnings* ed alle fattispecie di responsabilità professionale.

Con riguardo alle prime risulta interessante ripercorrere l'analisi svolta in *Total Liban SA v Vitol Energy SA*⁶¹. Il caso contempla una fattispecie complessa di contratti collegati, in cui Vitol (produttore) aveva venduto della benzina a Mackay Commercial Inc. (intermediario), la quale a sua volta, in forza di un contratto stipulato antecedentemente, l'aveva ceduta a Total (distributore). Alla conclusione dell'intera vicenda contrattuale, si scopre che il prodotto venduto da Mackay a Total era difettoso, avendo causato nausea ed ulteriori problemi ai suoi dipendenti, ne consegue, pertanto, un'azione di risarcimento del danno di Total

⁵⁹ Cfr. per tutti *The Mediana* (1900) A.C.: «how is anybody to measure pain and suffering in moneys counted? Nobody can suggest that you can by arithmetical calculation establish what is the exact sum of money which would represent such a thing as the pain and suffering which a person has undergone by reason of an accident. But nevertheless the law recognises that as a topic upon which damages may be given».

⁶⁰ Sul punto v. ad es. *Crockall v Vickers Armstrong Ltd.* (1955) 1 W.L.R. 659 in cui da alcuni dati empirici risultava come certa la verificazione dell'evento dannoso – nella specie l'avere contratto un determinato virus – e che la sua causa fosse riconducibile (anche) all'ambiente di lavoro, essendovi state ritrovate delle particelle del virus. Di contro, la determinazione del carico di responsabilità del datore di lavoro risultava alquanto complicata, poiché il contratto di impiego era iniziato nel 1942, ma il contagio si era verificato già nel 1939, e ciò comportava una discrasia tra la certezza del danno e la determinazione di quanto di esso fosse effettivamente imputabile alla negligenza del datore di lavoro: certa la lesione, certa la negligenza, ciò che risultava difficilmente apprezzabile era la valutazione in termini pecuniari dell'aggravamento delle condizioni fisiche dell'attore eziologicamente riconducibile all'inadempimento del datore di lavoro. Sulla medesima tematica v. anche *Thompson v Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.* (1984) Q.B. 405.

⁶¹ (1999) 2 Lloyd's Rep. 700.

nei confronti di Mackay. Quest'ultima società, che peraltro versava in una situazione di dissesto finanziario, decise di cedere a Total i diritti che vantava nei confronti di Vitol, che, in quanto produttore, risultava responsabile per i danni causati dal prodotto immesso nel mercato⁶². In tal modo si scongiurò, quindi, il pericolo per Total di ottenere una tutela ineffettiva, concedendole, in virtù dell'abbattimento della *privity of contract*, la possibilità di agire in giudizio direttamente nei confronti di Vitol.

Il giudizio, svolto in sede arbitrale⁶³, si concluse in favore di Vitol, in virtù del principio per cui «liability without payment did not constitute a recoverable loss», ossia non si può ritenere responsabile un soggetto per un danno consequenziale non ancora liquidato, nella specie il pregiudizio derivante dalla responsabilità di Mackay nei confronti di Total⁶⁴. Tale *decisum* è stato successivamente ribaltato in favore di Total grazie all'opera di differenziazione, compiuta dalla Queen's Bench Division, tra fonte della responsabilità e determinazione del *quantum* risarcitorio. Secondo i giudici anglosassoni, infatti, il principio affermato dal collegio arbitrale non trova alcun fondamento nel *common law*, che, tutt'al contrario, contempla in numerosi precedenti la circostanza esattamente opposta, ossia che la responsabilità contrattuale deriva esclusivamente dal verificarsi del *breach of contract* e del danno ad esso consequenziale e non già dall'eventualità che questo sia stato pagato⁶⁵.

A tal proposito si richiama il precedente *Randall v Raper*⁶⁶, in cui nonostante l'ammontare dei danni dovuti dall'intermediario acquirente al terzo sub-acquirente fossero *unliquidated*, si riconobbe ugualmente la responsabilità in capo al primo venditore, il quale aveva garantito la qualità del bene successivamente rivenduto: altro è la stima dell'ammontare pecuniario del risarcimento dovuto, altro è l'accertamento dell'esistenza del *breach of contract*⁶⁷. Ne consegue

⁶² Cfr. *Total Liban SA v Vitol Energy SA*, cit., 702.

⁶³ I contratti di cui si discorre *supra* nel testo contenevano la clausola compromissoria che devolveva agli arbitri la soluzione di ogni controversia sorta in merito ad essi. Cfr. sul punto *Total Liban S.A.L. v Vitol Energy S.A.*, cit., 700.

⁶⁴ Cfr. il *decisum* arbitrale riportato dalla Queen's Bench Division in *Total Liban S.A.L. v Vitol Energy S.A.*, cit., 703: «the arbitrator found in favour of Vitol and held that Total was not entitled to the relief it claimed. The arbitrator noted that Mackay's claim for damages consisted solely of its liability to Total; there was no claim for any independent loss suffered by Mackay itself».

⁶⁵ Cfr. *Total Liban SA v Vitol Energy SA*, cit., 705: «it may be helpful to begin by considering the matter in principle and free from any authority. Approached in this way, the attraction of the suggested prior payment rule is not at all apparent. If once there is a breach of contract and a proven liability, satisfying the usual tests of causation and remoteness, then it is difficult to see why prior payment by B [Mackay] to C [Total] (going back to the question as formulated) should be a requirement of the law. As it seems to me, any such rule of law is open to objection on grounds of injustice, inconvenience and being at odds with everyday practice. I take these in turn».

⁶⁶ (1858) El. Bl. & El. 84. Tale caso è poi confermato dai più recenti *Wednesbury Corporation v The Lodge Holes Colliery Co.*, (1907) 1 K.B. 78, spec. 92; *Hydrocarbons Great Britain Ltd v Cammell Laird Shipbuilders and Automotive Products Ltd (t/a AP Precision Hydraulics)* 53 B.L.R. 84.

⁶⁷ Cfr. *Randall v Raper*, cit., spec. 90-91: «it is quite clear to me that in this case the liability of the plaintiffs to pay their sub-vendees would be a proper item in estimating the damages. In an action for breach of contract you can recover only once; and the action accrues at the moment when the breach occurs. A

pertanto che Vitol non può evitare la responsabilità per la *consequential loss*⁶⁸ patita da Mackay invocando la mera circostanza che il pagamento non è avvenuto e che quindi la perdita non si è verificata: il *breach of contract* consistente nella vendita di Vitol a Mackay di un prodotto difettoso costituisce la causa della successiva responsabilità di Mackay nei confronti di Total. Vitol non è in grado di sfuggire alla responsabilità nemmeno percorrendo i sentieri normativi della *remoteness*, in quanto l'antecedenza temporale del contratto tra Mackay e Total, rispetto a quello intercorrente tra Mackay e Vitol, fa sì che quest'ultima, al momento della conclusione del contratto, era pienamente cosciente dell'ulteriore finalità di impiego - vendita all'utilizzatore finale (Total) - del prodotto venduto⁶⁹.

liability to payment, which has been incurred by a plaintiff in consequence of the breach of a defendant's contract, may well form a part of the damages, though it may be difficult to estimate them».

⁶⁸ Nel *common law* le *consequential* o *incidental loss* sono contrapposte alle *normal loss*: mentre le prime sono dettate da circostanze particolari, comprendendo tutti quei danni per l'appunto incidentali, che si pongono in aggiunta alla perdita della prestazione in sé e per sé considerata, consistendo nel riflesso pregiudizievole dell'inattuazione del rapporto contrattuale interamente inteso; le seconde si identificano con i pregiudizi, per così dire, "immediati" dell'inadempimento, corrispondenti ad esempio al differente prezzo di mercato del bene compravenduto (Cfr. D.B. Dobbs, *Law of remedies. Damages-Equity-Restitution*², St. Paul Minn., 1993, 226 s.; R. Craswell - A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Oxford-New York, 1994, 68 s.; McGregor, *McGregor on damages*, cit., 23 s.; G.H. Treitel - E. Peel, *The Law of Contract*¹², London, 2007, 1012. In Italia G. Smorto, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 87 s.; di Majo, *La responsabilità*, cit., 124 s.). Tale differenza è stata riconosciuta dalle corti di *common law* in *Mondel v Steel* (1841) 8 M. & W. 858, spec. 870 e, successivamente, trasfusa nelle Sect. 50 e 51 del Sale of Goods Act del 1893. Quest'ultime disposizioni contemplano rispettivamente i *damages for non-acceptance* ed i *damages for non-delivery*, disponendo entrambe alla 2nd Subsect. che la misura del risarcimento del danno deve essere stimata avendo riguardo al naturale corso degli eventi ed alla 3rd Subsect. che con riguardo ai pregiudizi *prima facie* rinvenibili bisogna guardare, ove possibile, alla differenza tra il prezzo pattuito ed il prezzo di mercato (cfr. sul punto McGregor, *McGregor on damages*, cit., 23). Tale ultima precisazione costituisce, secondo un'interpretazione costante dei giudici di *common law*, l'indice rivelatore che il riferimento della 2nd Subsect. alle perdite «directly and naturally resulting, in the ordinary course of events» attiene tanto alle *normal loss* quanto alle *consequential loss* (Cfr. *Kaye v Hosier* (1972) 1 All E.R. 121, HL, spec. 128; *George Cohen v Dock & Island Waterways Executive* (1950) 84 Ll. Rep. 97, CA; *Davis & Co v Alfa-Minerva* (1974) 2 Lloyd's Rep. 27).

⁶⁹ La tecnica della *remoteness* risponde nel *common law* all'esigenza di non addossare al danneggiante eventi lesivi temporalmente troppo distanti per potere essere ricondotti eziologicamente alla sua azione (tali danni sono qualificati efficacemente come *too remote*). La disciplina della *remoteness* è sintetizzabile nel principio secondo cui l'individuazione del danno risarcibile deve essere effettuata alla stregua delle circostanze ragionevolmente prevedibili dalle parti al tempo della conclusione del contratto (Così D.R. Harris, *Damages, in Chitty on Contract*²⁹, 4th suppl., edited by H.G. Beale, London, 2007, 26-047). Tale regola sintetizza quanto progressivamente è stato deciso dai giudici d'oltre manica in tre casi fondamentali: *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, *Victoria Laundry v Newman* (1949) 2 K.B. 528 e *Koufos v C. Czarnikow (c.d. Heron II)* (1969) 1 A.C. 350. Dal *leading case Hadley v Baxendale* discende il principio generale, seguito e precisato dalle successive pronunce, secondo cui nelle perdite derivanti dal *breach of contract* bisogna distinguere tra quelle che si verificano secondo il normale corso degli eventi (*normal loss*) (c.d. prima regola) e quelle che, viceversa, dipendono da speciali accadimenti del caso concreto (*unusual loss*). Quest'ultime risultano risarcibili soltanto nel caso in cui la parte inadempiente fosse a conoscenza delle speciali circostanze che l'hanno generate, dovendo essere previamente menzionate dalle parti nel contratto (c.d. seconda regola). Ne consegue che in *Hadley v Baxendale* il ritardo nella consegna di un bene al produttore comporta, a sua volta, l'impossibilità per lo stesso di consegnarlo ad una terza persona. I giudici anglosassoni ritengono, però, che tale secondo inadempimento non sia ascrivibile alla responsabilità del

La certezza della *prospective expense* cui è tenuta Mackay è recuperata dai giudici della Queen's Bench Division attraverso il riferimento alla violazione contrattuale da cui deriva il dovere consequenziale di pagare.

Il collegamento di tale lesione all'ambito più generale della *loss of a chance* conferma, inoltre, la possibilità di considerare la *chance* come un'entità a sé stante, distinta dalle utilità che da essa possono derivare. Le *prospective expense* altro non sono, infatti, che le spese cui dovrà andare in contro la parte delusa dal precedente contratto a causa della lesione della possibilità di rivendita del prodotto, ove il danno è raffigurato non già dalla perdita totale della *chance*, bensì dalla sola impossibilità di sfruttarla appieno oppure dalla sua metamorfosi da occasione favorevole di incremento patrimoniale in perdita economica.

7. Le *loss of prospective earnings* rientrano nell'esperienza di *common law* nella vasta categoria delle *loss of general business and professional profit* il cui *leading case* è rappresentato da *Ratcliffe v Evans*⁷⁰, ove la Court of Appeal riconosce il danno da perdita di clientela come naturale e diretta conseguenza della diffamazione subita.

danneggiante, in quanto il suo stato di conoscenza, alla luce di quanto pattuito, non era tale da permettergli di sapere che dal ritardo della propria prestazione sarebbe disceso un danno consequenziale per il produttore causato dall'inadempimento di un successivo contratto tra questi ed un terzo. Tale regola è poi seguita in *Victoria Laundry v Newman*, ove la *loss of general business profits*, causata dalla ritardata consegna da parte del vettore di un boiler viene a questi imputata, poiché dal contratto è desumibile la necessità di ottenere il bene nel minor tempo possibile. In *Koufos v C. Czarnikow (c.d. Heron II)*, infine, si affina il concetto di danno prevedibile alla luce della distinzione tra danno contrattuale e danno da illecito aquiliano. In particolare Lord Reid in *Koufos v C. Czarnikow Ltd.*, cit., 385-386, criticando il *decisum* di Asquith in *Victoria Laundry v Newman*, illustra il differente metodo di valutazione del danno risarcibile nelle fattispecie di natura contrattuale ed in quelle di natura extracontrattuale: in quest'ultime il danneggiante risponde per qualsiasi tipo di danno che sia ragionevolmente prevedibile anche se dovuto a circostanze particolari, nella *contract liability*, invece, la parte ha la possibilità di proteggersi da alcuni specifici eventi, informando direttamente la controparte. Ne consegue un'estensione della portata normativa della c.d. prima regola di *Hadley v Baxendale*, conformando il concetto di prevedibilità al bagaglio di conoscenze della parte, con ciò sottolineando il *discrimen* intercorrente tra la stessa ed il *quisque de populo*. Tale modo di vedere si traduce, pertanto, in una maggiore vicinanza tra le regole per la determinazione del danno risarcibile ed il contesto contrattuale in cui si trovano ad operare e ciò, da un lato, tenendo in considerazione quanto espressamente previsto dai contraenti e, dall'altro lato, ponendo quale parametro per determinare la sfera di ragionevole conoscibilità il bagaglio di conoscenze possedute dal *reasonable man*, che, a sua volta, non è l'uomo comune, bensì assume le specifiche vesti del contraente. In questo senso Lord Pearce in *Koufos v C. Czarnikow Ltd.*, cit., 414 riprende quanto già espresso in precedenza da Lord Wright in *Monarch Steamship Co. Ltd. v Karlshamns Oljefabriker (A/B)* (1949) A.C. 196, spec. 224, secondo cui il calcolo delle probabilità di conoscenza dell'evento dannoso deve essere effettuato sulla base delle conoscenze del *reasonable business man*, il quale sa, con riferimento al caso di specie, che nel mercato un venditore può avere necessità di un bene per rivenderlo ad un altro soggetto della catena commerciale. La conoscenza del possibile danno consequenziale è desunta, quindi, non già dallo scritto delle parti, bensì dal grado di conoscenza che si presume poter avere quel determinato contraente. Sulla tecnica della *remoteness* v. H.G. Beale - W.D. Bishop - M.P. Furmston, *Contract. Cases & Materials*⁵, Oxford, 2008, 644 s.; Harris, *Damages*, cit., 26-044 s.; R. Halson, *Remoteness*, in D. Harris - D. Campbell - R. Halson, *Remedies in Contract & Tort*², London, 2002, 88 s.

⁷⁰ (1892) 2 Q.B. 524 CA.

Le fattispecie di natura contrattuale attinenti alla categoria in esame sono preminentemente quelle riconducibili alla *loss of publicity*, ossia, alla perdita di occasioni di guadagno derivante dall'insufficiente pubblicizzazione dell'immagine commerciale da parte del contraente inadempiente⁷¹.

A livello più generale si suole distinguere tra le fattispecie in cui la perdita di reclamizzazione della propria immagine dipende dall'ingiusta rottura di un contratto di lavoro e quelle in cui deriva dall'inadempimento di un contratto pubblicitario⁷².

Il primo versante investe principalmente il mondo dello spettacolo⁷³, ove la pubblicità costituisce per l'attore l'unico modo per acquisire notorietà e spiccare il volo verso il successo⁷⁴.

La tutela contrattuale della *loss of publicity* o *loss of reputation* ha convissuto per molto tempo con quella extracontrattuale della *difamation*. Tale coabitazione "forzata" è stata imposta dalle regole del *case law* che, prima del recente *overruling* compiuto dalla House of Lords in *Malik v Bank of Credit and Commerce International SA*⁷⁵, limitavano la tutela contrattuale della perdita di reputazione alle sole possibilità di suo incremento o conservazione di quella già esistente, affidando alla fattispecie del *tort of difamation* la tutela risarcitoria per la *loss of reputation* in sé e per sé considerata.

L'orientamento, per così dire, del prima *Malik v BCCI* è segnato dal *leading case* *Marbé v George Edwardes*, il cui *decisum* è stato successivamente confermato dalla House of Lords in *Clayton v Oliver* ed in *Withers v General Theatre Corporation*. In quest'ultimo la Court of Appeal distingue due differenti tipologie di pregiudizio contrattuale all'interno della categoria del danno da perdita di *chance* di apparire in pubblico: da un lato quella in cui l'attore è privato della possibilità di acquisire notorietà; dall'altro lato quella dell'attore che già possiede un grado di notorietà e pertanto ha interesse alla conservazione dello stesso oppure al suo accrescimento⁷⁶.

Il caso in commento mette in risalto il connotato principio dell'approccio di *common law*, in cui la prima legge cui fare riferimento per risolvere il caso concreto è costituita dal regolamento contrattuale siglato dalle parti. Secondo il giudice Greer, infatti, nelle fattispecie dei contratti artistici una parte promette essenzialmente due prestazioni: «*firstly, a salary which he promises the artist for his services, and secondly, the opportunity to play in public some part which will*

⁷¹ In ambito extracontrattuale spiccano nella casistica di *common law* la fattispecie di *loss of profits of fishing* conseguenti ad incidenti marittimi tra natanti, le quali, però, assai di rado trovano accoglimento nelle Corti. Sul punto v. McGregor, *McGregor on damages*, cit., 310 ed in giurisprudenza *The Columbus* (1849) 3 W.Rob.(Adm.) 158; *The City of Rome* (1887) 8 Asp.M.L.C. 542; *The Anselma de Larrinaga* (1913) 29 T.L.R. 587; *Liesbosch Dredger v S.S. Edison* (1933) A.C. 449.

⁷² Cfr. McGregor, *McGregor on damages*, cit., 309.

⁷³ Cfr. sul punto McGregor, *McGregor on damages*, cit., spec. 952 s.

⁷⁴ Così L.J. Green in *Re Gollomb* (1931) 144 L.T. 583 CA, spec. 590. V. anche *Fielding v Moiseiwitsch* (1946) 175 L.T. 265.

⁷⁵ V. *Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA* (1998) A.C. 20, HL, il quale si muove nel solco tracciato da *Addis v Gramophone Co.* (1909) A.C. 488.

⁷⁶ Così L.J. Scrutton in *Withers v General Theatre Corporation Ltd.* (1933) 2 K.B. 536, 546.

attract attention»⁷⁷. Di conseguenza, posta la regola rimediabile per cui la parte non può ottenere sul versante della tutela quei vantaggi che non le sarebbero consentiti dalla regolare esecuzione del contratto⁷⁸, il risarcimento del danno da inadempimento del contratto non può comprendere ciò che non è stato promesso in virtù di esso.

Come anticipato, l'impossibilità di configurare la tutela contrattuale del danno conseguente alla diminuzione di reputazione è stata rivisitata di recente dalla House of Lords in *Malik v BCCI*⁷⁹. Quest'ultimo caso contempla il risarcimento del danno per la *loss of reputation* degli impiegati della banca, la quale, caduta in dissesto economico a causa della fraudolenta gestione, aveva pregiudicato le possibilità di un loro impiego futuro nel medesimo settore⁸⁰.

Volgendo l'attenzione alla problematica della *chance* e del rispetto del requisito della certezza del danno, i giudici d'oltre manica non sembrano tradire l'orientamento volto a separare l'accertamento del *breach of contract*, da un lato, e la determinazione del *quantum* risarcitorio, dall'altro. Nella fattispecie della *loss of publicity* ciò che interessa alle Corti di *common law* è l'esistenza della violazione della promessa contrattuale di apparire in pubblico, essendo diverso il problema inerente la stima – in termini percentuali – delle probabilità di divulgazione dell'immagine dell'artista.

Tale ragionamento è seguito dalla Court of Appeal nel caso *Withers v General Theatre Corporation Ltd.*⁸¹, ove non si riconosce all'attore la tutela risarcitoria per la perdita di *chance* di incrementare la propria notorietà apparendo nel rinomato Palladium di Londra: il contratto siglato dalle parti non prevedeva l'apparizione in tale teatro come esclusiva opportunità per l'artista di incrementare la propria fama, bensì contemplava per l'organizzatore la possibilità di scelta alternativa tra tutti i teatri da lui gestiti⁸².

⁷⁷ L.J. Greer in *Withers v General Theatre Corporation Ltd.* (1933) 2 K.B. 536, 554.

⁷⁸ Cfr. sul punto Treitel - Peel, *The Law of Contract*, cit., 1004-1005, ove conseguentemente si sottolinea l'impossibilità di attribuire una funzione punitiva al risarcimento del danno in ambito contrattuale: «punitive (or exemplary) damages can be awarded in certain tort cases. The purpose of such damages is not to compensate the claimant, nor even to strip the defendant of his profit, but to express the court's disapproval of defendant's conduct [...] As general rule punitive damages cannot be awarded in a purely contractual action, since the object of such an action is not to punish the defendant but to compensate the claimant» (*ibidem*, 1003).

⁷⁹ V. *Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA* (1998) A.C. 20, HL. L'ampliamento della tutela contrattuale effettuata dal caso in parola sposa e modifica l'orientamento risalente di *Addis v Gramophone Co.* (1909) A.C. 488, da un lato, prevedendo la tutela contrattuale anche per la *loss of reputation* già esistente nel patrimonio del non inadempiente e, dall'altro lato, ampliando tale tutela sino a comprendere la lesione di future aspettative di impiego.

⁸⁰ Al riguardo v. l'analisi di McGregor, *McGregor on Damages*, cit., 954 s., il quale aveva già prefigurato, nella precedente edizione, il mutamento di rotta operato da *Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA*, cit.

⁸¹ (1933) 2 K.B. 536.

⁸² Cfr. sul punto L.J. Scrutton in *Withers v General Theatre Corporation Ltd.*, cit., 546: «it is quite clear that the contract is not a contract under which Mr. Withers has an absolute right to appear at the Palladium, it is a contract under which the defendants have an option to require the plaintiff to transfer the engagement to some other hall which they control».

Questa linea di pensiero non è smentita dal *decisum* della medesima Corte in *Dunk v George Waller & Son*⁸³, in cui viene concesso il risarcimento per la perdita di *chance* di migliorare le prospettive di carriera artistica tramite la frequenza di un corso di apprendistato. In tal caso la possibilità di innalzare il proprio livello di qualità artistica fa parte del patrimonio del danneggiato dall'istante in cui stipula il contratto di apprendistato e parimenti svanisce a causa dell'inadempimento di controparte⁸⁴.

L'atteggiamento seguito dai giudici d'oltre manica nelle fattispecie ora enunciate non muta sul versante affine della *loss of publicity* conseguente all'inadempimento di un contratto pubblicitario. Sul punto appare sufficiente il richiamo al *leading case Marcus v Myers*⁸⁵, che contempla il risarcimento del danno patito dall'attrice per la considerevole perdita di clientela provocata dalle mancate inserzioni pubblicitarie da parte del «Jewish Chronicle», testata di rilievo mondiale per il mondo degli affari ebraico.

Il risarcimento del danno per *loss of publicity* risulta circoscritto dai giudici di *common law* all'ambito delle *pecuniary loss*⁸⁶, il che tuttavia non toglie – secondo un'attenta dottrina – la possibilità di *overruling*⁸⁷.

8. Il *trend* argomentativo dei giudici di *common law* volto a distinguere l'accertamento del danno dalla probabilità di accadimento dell'occasione favorevole caratterizza anche le pronunce in materia di responsabilità professionale, fattispecie che rappresenta, in *common law* come in *civil law*, il campo di elezione per la responsabilità contrattuale da perdita di *chance*⁸⁸.

Al riguardo un quadro assai esauriente dell'approccio dei giudici anglosassoni è offerto da Stuart-Smith nel caso *Allied Maples v Simmons & Simmons*⁸⁹, che contempla la fattispecie di responsabilità professionale dell'avvocato per errata consulenza⁹⁰.

Secondo il giudice della Court of Appeal le fattispecie di danno per perdita di *chance* possono raggrupparsi in tre categorie: in primo luogo, vi sono le ipotesi in

⁸³ (1970) 2 Q.B. 163, CA.

⁸⁴ Chiaro al riguardo è Lord M.R. Denning in *Dunk v George Waller & Son*, cit., 163: «the very object of an apprenticeship agreement is to enable the apprentice to fit himself to get better employment. If his apprenticeship is wrongly determined, so that he does not get the benefit of the training for which he stipulated, then it is a head of damage for which he may recover».

⁸⁵ (1895) 11 T.L.R. 327.

⁸⁶ In *common law* è costante l'orientamento che nega il risarcimento delle *non-pecuniary loss* da *loss of publicity*. Cfr. *Bliss v South East Thames Regional Health Authority* (1987) I.C.R. 700, CA; *French v Barclays Bank* (1998) I.R.L.R. 646, CA; *Gogay v Hertfordshire County Council* (2000) I.R.L.R. 703, CA.

⁸⁷ Così McGregor, *McGregor on Damages*, cit., 955.

⁸⁸ V. al riguardo McGregor, *McGregor on Damages*, cit., 319 s.

⁸⁹ V. L.J. Stuart-Smith in *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons* (1996) C.L.C. 153, 154 s.; il cui *decisum* è seguito in *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali (No.3)* [2002] 3 All E.R. 750.

⁹⁰ Sulla responsabilità dell'avvocato per *negligent advices*, contrapposta da McGregor, *McGregor on Damages*, cit., 319 a quella per *negligent handling of litigation*, v. anche i precedenti *First Interstate Bank of California v Cohen Arnold* [1996] P.N.L.R. 17, CA; *Davies v Taylor*, cit.; *Spring v Guardian Assurance* [1995] A.C. 296, 327.

cui la *negligence* si traduce nell'azione lesiva del danneggiante; in secondo luogo si pongono i casi in cui la condotta colpevole si estrinseca in un'omissione⁹¹; in ultimo, vi sono le fattispecie in cui la perdita di *chance* dipende dall'ipotetica azione di un terzo⁹².

La linea differenziale tra l'analisi del nesso eziologico effettuata nel primo e nel secondo caso è segnata dalla presenza o meno di un fatto storicamente avvenuto. Qualora si debba infatti stabilire se il danno derivi o meno da una determinata condotta attiva del danneggiante, la problematica sul nesso causale concernerà un fatto storico, dovendosi stabilire se, alla stregua del calcolo delle probabilità, una determinata lesione consegua o meno all'azione negligente del soggetto. Diversamente, laddove il pregiudizio sia da ricondursi ad un'omissione, l'analisi del nesso eziologico sarà compiuta non già sulla base di un fatto storicamente avvenuto, bensì su quella costituita dalla risposta all'ipotetico quesito sulle diverse conseguenze che vi sarebbero state qualora il soggetto non avesse negligenzatamente omesso di compiere una determinata azione⁹³: nella fattispecie di responsabilità dell'avvocato, al fine di percepire l'esatto valore della *chance* perduta, bisogna interrogarsi sulle conseguenze che avrebbe avuto una consulenza non errata. Nella terza fattispecie, infine, l'accertamento dell'esistenza della *chance* dipende dall'azione ipotetica di un terzo che avrebbe beneficiato la parte danneggiata: sempre seguendo l'esempio della responsabilità dell'avvocato, in tal caso bisogna chiedersi se in una trattativa contrattuale, in caso di esatta consulenza, la controparte (il terzo) avrebbe stipulato a condizioni più vantaggiose⁹⁴.

Quest'ultima ipotesi investe direttamente il caso *Allied Maples v Simmons & Simmons*, in cui si evidenzia la quasi impalpabile differenza che corre tra l'incertezza relativa la quantificazione monetaria del danno e quella attinente alla sua esistenza. Nella fattispecie di negligenza dell'avvocato, una volta provata questa, la successiva dimostrazione della potenzialità caratterizzante l'agire ipotetico del terzo costituisce un problema di valutazione del *quantum* risarcitorio⁹⁵.

Ancora una volta, dunque, la giurisprudenza anglosassone sembra considerare la perdita di *chance* come un danno emergente, facendo scivolare la probabilità di

⁹¹ Cfr. *Sykes v Midland Bank Executor and Trustee Co. Ltd.* (1971) 1 Q.B. 113.

⁹² Cfr. *Gregg v Scott* (2003) Lloyd's Rep. Med. 105, CA.

⁹³ Così Stuart-Smith in *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*, cit., 159, il quale richiama come esempio il caso *Mc Williams v Sir William Arrol & Co Ltd* [1962] 1 WLR 295 (HL).

⁹⁴ Cfr. sul punto Harris, *Damages*, cit., 26-039 s. in cui si rammenta che nelle fattispecie in cui l'accadimento della *chance* dipende dall'azione di un terzo l'attore deve essere in grado di provare secondo il calcolo delle probabilità (*North Sea Energy Holdings N.V. v Petroleum Authority of Thailand* [1999] 1 All E.R. (Comm) 173, 187, CA) che «the absence of the breach there was a "real" or "substantial" (not a speculative) chance of the third party's action, the court must assess the chance of that action resulting (usually as a percentage) and then discount the claimant's damages for his loss by reference to that percentage». Tale giudizio non può, inoltre, prescindere dalla valutazione dell'incidenza delle diverse contingenze del caso concreto (*White v Jones*, cit., 228; *Dickinson v Jones Alexander Co* [1993] 2 F.L.R. 321), in quanto «the more the contingencies, the lower the value of the chance or opportunity of which the plaintiff was deprived» (*Hall v Meyrick* [1957] 2 Q.B. 455, 471).

⁹⁵ Cfr. Stuart-Smith in *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*, cit., 160.

accadimento del risultato favorevole sul profilo dei lucri futuri che sarebbero derivati dallo sfruttamento di quella *chance*.

Su questo versante il ragionamento di Stuart-Smith appare, infine, del tutto coerente laddove si sottolinea che le probabilità del verificarsi dell'azione benefica da parte del terzo possono anche essere inferiori al 50%, non compromettendo con ciò la possibilità di prevedere la tutela risarcitoria: la percentuale di probabilità di acquisire un utile si ripercuote sull'ammontare risarcitorio dei lucri mancati a causa della *chance* perduta⁹⁶.

⁹⁶ Cfr. Stuart-Smith in *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*, cit., 160 s. il quale richiama a sostegno dell'assunto di cui in testo quanto affermato in *Chaplin v Hicks*, cit. e *Davies v Taylor*, cit., 213 ed insieme sia l'esempio di fattispecie in cui si è risarcita la probabilità di acquisire utili superiore al 50% (*Otter v Church, Adams, Tatham & Co* (1953) Ch. 280; *Hall v Meyrick*, cit.), sia quello ove il rimedio risarcitorio è stato concesso nonostante la possibilità di guadagno fosse pari ad un terzo (*Yardley v Coombes* (1963) 107 S.J. 575).