
PREFAZIONE

Il volume di Tommaso Pellegrini si cimenta con i c.d. “fondamentali”, se così possono definirsi, della obbligazione.

Esso muove principalmente da due nuclei tematici: *l'interesse* che è sotteso alla prestazione e *il (risarcimento del) danno*, derivante dall'inadempimento della obbligazione. Si può dire che l'uno rappresenta l'aspetto fisiologico dell'obbligazione, l'altro quello patologico.

E ciò è tanto vero che la secolare *querelle* sul rapporto tra l'obbligazione e il risarcimento del danno si è manifestata anche a livello *di fonte*, ponendosi l'alternativa se l'obbligazione risarcitoria non sia ancora che l'obbligazione primaria, “perpetuata” nella veste di obbligazione inadempita, oppure una “nuova” obbligazione, avente fonte nell'inadempimento *ex art. 1218 c.c.*

La narrazione, nell'Autore, della *perpetuatio obligationis* dava alimento alla prima tesi, mentre quella del risarcimento del danno, quale effetto autonomo, derivante da una nuova fonte di obbligazione, dava forma alla seconda.

L'incipit dell'Autore è il confronto con due enunciati normativi, tra di loro, almeno all'apparenza, contraddittori e/o concorrenti; l'uno quello dell'art. 1223, tendente, per così dire, a “separare” il risarcimento del danno dall'obbligazione attraverso una regola *di causalità*, che è comune anche al fatto illecito (art. 2043) – è codesta la regola della conseguenza “immediata e diretta” dell'inadempimento, riferita “alla perdita e al mancato guadagno” subiti dal creditore – l'altro, quello dell'art. 1225, tendente invece a *ri-congiungere* il risarcimento all'obbligazione attraverso la “previsione” del danno “nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”.

Se l'art. 1223 “interrompe” a suo modo il *continuum* tra l'obbli-

gazione e il danno, imponendo, riguardo al danno, il rispetto della regola di causalità, l'art. 1225 ribadisce il *continuum* a livello «dell'interesse contrattuale condiviso» da entrambe le parti – così come lo definisce l'Autore.

E la difficile conciliazione tra le due norme ha indotto qualche Autore a ritenere che l'art. 1225 non potesse che avere un fondamento “equitativo”, così da interpretare la regola di “causalità” dell'art. 1223 nel senso della “normalità” che talune “conseguenze” abbiano ad accadere.

Pellegrini si adopera per “sollevare” l'art. 1225 “dall'oblio” in cui era stato lasciato o dal disinteresse che l'aveva colpito. E tale “risurrezione” ha luogo proprio affermando che l'art. 1225 cioè la regola della prevedibilità del danno fa “da cerniera” tra l'obbligazione e il risarcimento. E tale “cerniera” ha luogo con riferimento all'interesse “condiviso” alla prestazione, che è sotteso all'obbligazione.

È codesto “interesse”, da tenersi distinto dalla “prestazione”, che si estende «alla prevedibile conseguenza dannosa dell'inadempimento» (pag. 170 del volume). In altre parole, alla tesi della determinazione *causale* del danno viene a sostituirsi, secondo l'A. l'attenzione che va riservata «al valore dell'interesse alla prestazione».

E, se anche è discutibile che l'A. tenda a spiegare la estensione dell'interesse “condiviso” e del valore da esso recato con il riferimento ai “motivi”, che entrano nella “causa” della obbligazione, giacché il motivo è categoria negoziale, non spendibile sul terreno *oggettivo* dello statuto dell'obbligazione e del suo inadempimento, è invece vero che la regola risarcitoria può ben essere *riduttiva* e/o *espansiva* rispetto “ai motivi” che hanno indotto il contraente a concludere il contratto.

Una volta dunque letto l'art. 1225 anche con la lente “dell'interpretazione” di quanto dalle parti voluto e/o perseguito è anche conseguente affermare che l'interesse alla prestazione tenda “a dilatarsi” anche al di là di quanto può riferirsi “all'oggetto” stretto di essa. Nell'episodio della costruzione del muro, diretto anche a proteggere l'abitazione del proprietario dai ladri, è significativo che, ove la costruzione fosse deficitaria, a tal punto da aver consentito il furto, del furto dovrebbe rispondere il costruttore del muro.

Ma vero è anche come, proprio “la dilatazione” dell'interesse alla prestazione sul terreno delle “conseguenze dannose” è tale da rendere

“superflua”, secondo l’A., anche la categoria dei “danni consequenziali”, che sono quei danni non connessi direttamente all’inadempimento, ma solo “conseguenza” di esso. Per l’A. «alla luce della regola della prevedibilità», i danni “conseguenziali” non esistono” e/o meglio stanno dentro il piano della obbligazione (pag. 182).

Ma resta dunque da risolvere *il rompicapo* del rapporto tra due regole (art. 1223 e 1225), che sembrano aver riguardo allo stesso problema, specie se l’art. 1225 viene interpretato, anch’esso, in termini di “regolarità causale”. In sostanza, è da chiedersi – e se lo chiede l’A. – se la parte risarcitoria del danno contrattuale è presieduta dalla regola della causalità (art. 1223) o da quella della prevedibilità (art. 1225).

La soluzione che l’A. sembra proporre è la messa in campo *di tre regole di risarcimento*.

V’è una prima regola che l’A. definisce “della spettanza” e che si ricollega all’interesse (positivo) alla prestazione e, in buona sostanza al (diritto di) credito, quale “spettanza” al soggetto di una utilità che esso dovrà ricevere. L’art. 1225 dovrebbe dare forma a tale regola. Chiarisce l’A.: «la tutela della spettanza è dunque una tutela dinamica poiché mira a costruire quell’incameramento di utilità future che l’inadempimento ha negato».

Una seconda regola di risarcimento, secondo l’A., sembra invece trarre alimento addirittura da una regola contrattuale, quella dell’art. 1467 sulla eccessiva onerosità della prestazione per avvenimenti “imprevedibili”. L’A. ritiene che detta regola possa applicarsi analogicamente anche al risarcimento e così da evitare che, sul debitore possa gravare un risarcimento “eccessivamente oneroso” per esso e tale da rappresentare «una sproporzionata punizione dell’inadempimento». La fattispecie, cui è dato pensare, è il danno da variazione del valore del mercato della prestazione. Ad esso non sembra possa applicarsi l’art. 1225. È un danno risarcibile, pur derivante da un evento “imprevedibile».

Una terza regola infine ha carattere *conservativo*, perché si preoccupa di stabilire cosa il creditore abbia perso (e non guadagnato) a seguito del comportamento del creditore. «L’operaio vittima di un incidente sul lavoro e il passeggero leso per una leggerezza del trasportatore costituiscono il modello storico di questa tutela». È dunque, in tal caso, una “appartenenza” a risultare violata e non sarà certo il contratto a delimitarla.

Essa «si colloca così in una zona di confine tra responsabilità contrattuale ed extra – contrattuale». È l'anima "tortious" del contratto (M.R. Marella) a ritenere che anche detta tutela faccia parte di esso. Del resto, a tale risultato conduce, in via diretta, la c.d. "contrattualizzazione" degli obblighi di protezione (Mengoni).

Ebbene, da codesta narrazione si desume come il lavoro di Pellegrini spazia per l'intero arco del diritto delle obbligazioni, dall'oggetto della obbligazione al piano risarcitorio. La rivalutazione dell'art. 1225 è il *leit motiv* del lavoro e ciò all'insegna di una ripresa "del dominio" dell'art. 1225 sull'art. 1223, mentre prima era avvenuto il contrario.

Volendo fare uso di un linguaggio più semplificato e diretto, si può dire che, dietro alla c.d. tutela *della spettanza contrattuale*, così come definita dall'A. e che mira a ristabilire un circuito virtuoso tra l'obbligazione e il risarcimento, v'è, al fondo, una regola mista *di fattispecie e di risarcimento*, quale l'art. 1225. In altre parole, l'art. 1225, nella misura in cui identifica l'area del risarcimento con l'interesse contrattuale "condiviso", non fa altro che coniugare *fattispecie e risarcimento*. Il risarcimento si commisura *alla fattispecie* dell'interesse "condiviso".

E, rispettivamente, l'art. 1223 è regola esclusiva *di risarcimento*, nella misura in cui il nesso di causalità non può che riferirsi al risarcimento, non certo all'interesse condiviso e (rimasto) insoddisfatto.

Ma, se ciò è vero, è anche vero che i piani (quello della obbligazione e della "spettanza" da essa recata e quello del risarcimento) restano tuttavia tra di loro distinti.

Non a caso l'art. 1225 si manifesta quale regola "mista", nella misura in cui essa, se richiama la fattispecie (dell'interesse condiviso), ne utilizza tuttavia la valenza operativa nei termini di "conseguenze dannose" (dell'inadempimento) e non potrebbe essere altrimenti. E, tranne a non volere appiattare, come ha luogo per qualche Autore francese (REMY), che lo stesso Autore menziona, secondo il quale «il risarcimento del danno conserva una funzione di pagamento» e ciò sulla falsariga di un modello, quello della codificazione francese, secondo cui «c'est le contrat lui-meme, qui est la causa de la dette da dommages et interets, au cas d'inexécution». Ma, se l'Autore stesso è critico verso questa impostazione, è in base alla distinzione tra i due piani (obbligazione e risarcimento).

E si tratta anche di confermare una linea di confine tra la forma di tutela *risarcitoria* e quella in forma *specificata*, nonché l'esigenza di di-

stinguere tra *tutela reale ed obbligatoria*. Ove il risarcimento venga commisurato “ad un pagamento”, la distinzione tra la tutela *obbligatoria* (data dal risarcimento) e quella *reale* tende ad affievolirsi.

E, rispettivamente l'art. 1223, si è detto, è regola (esclusiva) *di risarcimento*, nella misura in cui la regola di causalità in essa incorporata non può che avere riguardo al risarcimento, non già a ciò “che è già nel piano della obbligazione”, e che non ha bisogno di (appoggiarsi ad) una regola di causalità.

È in questo contesto che si colloca anche il discorso sui c.d. *danni consequenziali*. In buona sostanza, le critiche rivolte a tale categoria nella prospettazione dell'Autore passa, da un lato, si è detto, per una sovra-esposizione dell'interesse condiviso, a tal punto da ritenere in esso ricompreso “ogni conseguenza dannosa”, che, in qualche modo, è compresa nell'interesse, e, dall'altro, perché protettivo di un interesse non più di spettanza *ma di appartenenza*, così da avvicinarsi al danno aquiliano. Ma entrambe le posizioni potrebbero essere oggetto di critica.

La sovraesposizione dell'interesse contrattuale condiviso, la cui definizione sembra transitare per il piano dei *motivi* (negoziali), con il limite della clausola penale, si espone all'obiezione di una troppo facile e discutibile trasposizione dall'un piano all'altro.

Dall'altro lato, il configurare quale “danno aquiliano” il danno arrecato al c.d. interesse “di appartenenza”, e definirlo “negativo” in contrapposizione a quello (contrattuale) “positivo”, significa negare la “contrattualizzazione” dei c.d. doveri di protezione, che, oggi, nella codificazione tedesca, hanno avuto persino una consacrazione codificativa, quali componenti dell'obbligazione (par. 241, 2° co. BGB).

E tale “contrattualizzazione” fa sì che anche il c.d. interesse “negativo” (al rispetto dei c.d. doveri di protezione) è destinato inevitabilmente a convertirsi in interesse *positivo*. La “spettanza” sembra dunque ricomprendere anche “la protezione” (di cose o persone), come il più comprende il meno.

Resta allora da risolvere il rapporto tra l'art. 1223 e l'art. 1225.

Se è vero che la regola “della prevedibilità”, recata dall'art. 1225, è il risultato di una regola “mista”, che si è definita sia *di fattispecie* che *di risarcimento* e che la regola della causalità, recata dall'art. 1223, è solo *del risarcimento*, si può dire che entrambe hanno un diverso punto di incidenza sull'inadempimento.

Si è detto che la regola recata dall'art. 1225, segna la rilevanza, *sub specie damni*, dello interesse "condiviso", mentre quella dell'art. 1223 segna l'area delle conseguenze risarcibili al di là dell'interesse "condiviso". Non è un caso che il tempo dell'una è il momento in cui si è assunta l'obbligazione (art. 1225), il tempo dell'altra è quello dell'inadempimento.

Giustamente Pellegrini parla di *un sistema binario*, che racchiude diverse regole di risarcimento.

La prima regola è quella dell'art. 1225, che è regola di fattispecie e di risarcimento e in ordine alla quale il risarcimento si rivela tributario della fattispecie. Ad esso dunque non si applica la regola della causalità ma, più semplicemente, quella di una traduzione in equivalente monetario dell'interesse "condiviso".

L'art. 1223 è invece *regola di risarcimento* e non può che applicarsi al risarcimento dei danni, danni che non possono essere ricompresi nell'interesse contrattuale e cioè "nella spettanza" riconosciuta al creditore. Rispetto all'art. 1225 l'art. 1223 rivelerebbe, in sostanza, la sua "inutilità". Esso è invece destinato al risarcimento dei danni c.d. *conseguenziali* che, secondo la stessa espressione, sono "conseguenza" dell'inadempimento e cioè non ricompresi "nella fattispecie" recata dall'art. 1225. Solo per essi può avere un senso richiamare la stessa regola "di causalità" che governa il danno aquiliano (art. 2043).

Che, dunque sotto tale aspetto, la regola dell'art. 1223 abbia "un'anima aquiliana" può dunque ammettersi e così riconoscendo che la lesione del credito possa anche avvicinarsi alla regola dell'art. 2043 c.c., recante la risarcibilità "del danno ingiusto" per lesione di un diritto soggettivo (M. Pacifico). E su ciò concorda anche il nostro Autore, sia pure nei termini riduttivi (del risarcimento) di un interesse *negativo*.

Il lavoro dunque di Pellegrini, come si è detto, consiste in larga parte nel ri-definire e/o recuperare "dall'oblio", concetti e categorie, come quella dell'oggetto della obbligazione, visto alla luce dell'interesse "condiviso" e della distinzione tra "spettanza" e "appartenenza", al confine tra tutela contrattuale e aquiliana. Esso ha la virtù di rendere possibile, pur attraverso un tessuto linguistico, non sempre immediato e diretto, ma ricco di riferimenti storici e letterari, che si arrivi a delineare sviluppi, nuovi e costruttivi, al problema del rapporto tra l'obbligazione e il risarcimento, sul terreno di quanto appartiene all'una o all'altro, in un dialogo tra la regola "di prevedibilità" e quella "di causalità".

In tal modo, viene anche a meglio delinearci il confine tra la tutela *obbligatoria* e quella *reale* – di qui la critica “dell’attuazione per equivalente” – nonché la collocazione della tutela in forma specifica in zona distante da quella risarcitoria.

È noto che le contaminazioni tra le diverse forme di tutela sono state molte. Merito ulteriore dell’Autore è di averne ribadito i rispettivi confini.

Prof. Adolfo di Majo

PARTE PRIMA

PREVEDIBILITÀ E RISARCIMENTO

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO, GENESI, LIMITI GENETICI E INDICI DI SUPERAMENTO DELLA REGOLA DELLA PREVEDIBILITÀ

SOMMARIO

1. Ordine sistematico e disordine stratificato. – 2. Tra eventi e valori: Pothier e il sistema degli artt. 1223-1225. – 3. La teoria dell'accordo implicito e l'art. 1229. – 4. Teoria dell'accordo implicito e allocazione del rischio. – 5. L'antico dibattito su "casi certi" e "casi incerti" come punto di unione tra fattispecie e risarcimento. – 6. Limite del *duplum* e variazioni del valore di mercato. – 7. Svaniti i danni *extra-rem* compaiono i danni consequenziali ... – 8. ... svanito il danno *singulare* compare il valore d'uso. – 9. Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico.

1. *Ordine sistematico e disordine stratificato*

Talvolta le questioni sistematiche sembrano dei rompicapo. Le formule giuridiche, d'altronde, non vivono di sola logica formale e le categorie giuridiche si formano per stratificazione storica. Che il diritto sia storia è un'idea condivisa da molti, nota al punto da non dover essere approfondita. Che la storia intervenga sul diritto per stratificazione, invece, merita una piccola annotazione introduttiva. Il mondo cambia e con lui le regole lo governano. Chi si prese la briga di abbozzare una "teoria delle teorie giuridiche" indicò come le nuove concettualizzazioni possono sostituirsi alle vecchie o aggiungersi a queste, sottraendo loro margini operativi od orientandone il significato in un senso prima inimmaginato¹. Ma non è

¹C. ATIAS, *Teoria contro arbitrio*, trad. it., Milano, 1990, spec. 158 ss., dove esplicitamente si fa riferimento (p. 160) alla «sedimentazione progressiva» dei significati.

tutto. Le regole si incardinano in formule verbali che mutano di significato a seconda del contesto di quelle in cui si inseriscono. La regola A, assieme alla regola B e assieme alla regola C, ha un senso. Prendere la regola A e metterla accanto alle regole X e Y impone di confrontarsi col nuovo significato che potrebbe aver assunto la regola A.

I criteri di determinazione del danno sono il campo d'analisi elettivo della sedimentazione evolutiva e, allo stesso tempo, il terreno più fertile di disvelamento delle sue problematiche. Accanto a formule verbali che hanno quasi duemila anni, come l'endiadi *quantum mihi abest/quantum lucrare potui*² ne troviamo altre, come la risarcibilità del "danno prevedibile" che ne ha circa quattrocento³; e a queste è possibile aggiungere la regola dell'inadempimento doloso, la quale, se svincolata dall'omologo extracontrattuale⁴, di anni non ne ha più di duecento⁵. Ma non è tutto.

²V. PAOLO in D. 46, 8, 13, e ricordiamo come la coppia «perdita sofferta» e «guadagno di cui fu privato» nel codice abrogato figurava come una norma autonoma (art. 1227 abr.) e non unita, come ora, alle conseguenze immediate e dirette. Doveroso è poi qualificare come controversa la risarcibilità del lucro cessante nel diritto romano classico (v. G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 143 ss.). Aggiungiamo che se dovesse avere ragione P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 41-42, nel ricollegarli ai danni *infra* ed *extra rem*, anche i "danni immediati e diretti" avrebbero la stessa età (v. sempre PAOLO D., 19, 1, 21, 3). Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, Firenze, 1885, 132 anche lui incline ad avvicinare i due termini. Un accenno alla questione si trova anche in F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. I, Bari, 1983, 128 nota 162. Se veramente, però, il danno indiretto fosse sinonimo di danno *extra rem*, l'art. 1223 non dovrebbe potersi applicare all'illecito come ben mise in rilievo L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931, p. II, 101, nota 75. Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 587-588. Per una sintesi della vicenda che interessò questi danni *extra rem* a cavallo tra Otto e Novecento v. F. DEGNI, *Sul nesso causale tra colpa e danno*, in *Giur. it.*, 1918, I, 1, 449 ss.

³È grossomodo pacifica la riconduzione della regola a MOLINEO, *Tractatus de eo quod interest*, Venezia, 1574. V. tra gli altri, C.F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, vol. 1, Torino, 1905, 224 e M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, 67 ss.

⁴Occorre ricordare infatti che nella concettualizzazione di Molineo (*Tractatus de eo quod interest*, cit., n. 158) sia il dolo contrattuale sia il dolo extracontrattuale portavano ad un identico aggravamento del risarcimento, creando così una coerente disciplina generale del "danno doloso". V. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 57; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 6.

⁵È diffusa l'opinione che sia stato Pothier il primo a svincolare il dolo dall'illecito aquiliano, v. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 11 ss.

Ognuna di queste formule si trova nella sua genesi accanto a regole ormai cadute in oblio. Le conseguenze “immediate e dirette” componevano un sistema che vedeva al suo interno la distinzione tra danni *circa rem* ed *extra rem* e, dato che proprio ad appendice di questa andavano talvolta a collocarsi⁶, è doveroso domandarsi se il loro significato non sia mutato al cadere della distinzione. Il danno prevedibile, poi, non nasce per limitare il risarcimento, come oggi ai più appare, ma per sostituire una regola precedente, quella del limite del *duplum* della controprestazione⁷; e l’aggravante “da dolo” andò imponendosi in uno con la medesima aggravante aquiliana, ragione per cui caduta quest’ultima sotto il principio dell’equivalenza dello stato soggettivo nell’illecito⁸, si è creato il problema della giustificazione logica della sopravvivenza della prima⁹. Robert Joseph Pothier, cui sostanzialmente si deve il sistema degli artt. 1223 e 1225, rappresenta il più grande crocevia storico della sedimentazione più o meno coordinata delle formule verbali volte a comporre la galassia delle regole di risarcimento; un crocevia eletto ancora oggi a punto d’ingresso degli studi sulla materia¹⁰, tutti variamente

⁶ Così è, perlomeno, in R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Livorno, 1841, 104 ss. spec. 109, dove viene disegnato un sistema che a lungo continuerà ad influenzare la letteratura, cfr. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, cit., 222 ss.

⁷ Questo passaggio è chiaro innanzitutto in M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico, Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980, *passim*. V. anche SMORTO, *Il danno da inadempimento*, cit., spec. 152.

⁸ Esplicita in tal senso la Relazione al codice. *Codice civile, Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, 544: «se l’inadempimento è colposo non debbono essere risarciti i danni non prevedibili; invece, se il fatto illecito extracontrattuale è doloso o colposo, il danno, prevedibile o no, deve essere risarcito per intero, sempre che tra fatto e danno corra il nesso di causalità. Non si è accolto così il principio di commisurare il risarcimento al grado della colpa».

⁹ GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 11: «ed è proprio in questa disarmonia, e nelle possibili vie per un suo superamento, che emerge uno degli aspetti ancor’oggi più problematici del discorso sulla prevedibilità del danno».

¹⁰ *Ex multis*: D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, spec. 44 ss.; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, cit., 21 ss.; C.A. CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 19 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 641 ss.; A. PINORI-P. PETRELLI, *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1999, 130 ss.; GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 8 ss.; L. LAMBO, *Willful breach e*

tesi all'individuazione di «quelle ragioni sistemiche originarie» che gli istituti giuridici conservano indipendentemente dalle «ragioni contingenti che portarono all'adozione di una certa soluzione»¹¹. Ma anche l'insegnamento di Pothier non è giunto all'oggi intonso, monco com'è, innanzitutto, di quel generale potere di moderazione nella quantificazione, in assenza del quale le singole regole enunciate potrebbero cambiare di senso¹².

Insomma, se regola e sistema convivono in un rapporto dialettico, estrapolare la regola formulata in un sistema e collocarla altrove – «teorie nuove mescolate alle antiche»¹³ – ossia la tecnica con cui si sono andate formando le regole sui criteri del danno risarcibile, non è operazione da poco.

Ed è così che le questioni sistematiche divengono rompicapo.

2. Tra eventi e valori: Pothier e il sistema degli artt. 1223-1225

I problemi della quantificazione del danno da inadempimento contrattuale sono antichi quanto il contratto, eppure tutto sembra cominciare con Pothier. A voler fare una cosa originale bisognerebbe ignorarlo, e di certo si potrebbe. In fin dei conti questi problemi sono quattro o cinque. Prima, dopo e durante Pothier resteranno gli stessi. Interrogarsi sull'utilità di soffermarsi analiticamente sul giurista di Orléans diviene allora un esercizio di buon senso e a chi ne annota l'essenzialità al fine di «cogliere l'esatto significato» delle parole che il codice dedica al tema¹⁴ è già stato risposto che

inadempimento doloso, Torino, 2012, 116; E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in NGCC, 2012, 567. Anche alcune note a sentenza prendono le mosse da Pothier, tra cui menzioniamo M. DELL'UTRI, *Inadempimento colposo del contratto e prevedibilità del danno* (nota a Cass. 26-5-1989 n. 2555), in *Giur. it.*, 1989, 1696.

¹¹ Così SMORTO, *Il danno da inadempimento*, cit., 3, introduce e giustifica l'analisi storica che di lì a breve si troverà a fornire.

¹² V. su questo potere di moderazione BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 165-166, cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

¹³ Il virgolettato è di LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 100, che in riferimento alla definizione di dolo adottata dal *Code* del 1804 svolge considerazioni analoghe a quelle nel testo.

¹⁴ REALMONTE, *Il problema del nesso di causalità*, cit., 198, e 206, nota 114 in riferi-

sono «le sistemazioni della dottrina tradizionale quelle che contano e che vanno spiegate, e non il presunto significato della teorica del Pothier»¹⁵. Sullo sfondo aleggia anche la disputa antipositivista sui limiti della cristallizzazione astratta in cui la norma si risolve, e proprio ad empirica dimostrazione di tali limiti viene preso il tema del risarcimento del danno, alla luce del quale quella codificazione che di Pothier è debitrice appare nulla più che «un episodio qualsiasi dell'evoluzione del diritto e della scienza giuridica»¹⁶.

«Il teorico non lavora per inventare; preferisce ritrovare»¹⁷ è stato scritto, ed è forse per questo che l'enunciazione più diffusa del sistema disegnato dagli artt. 1223 e 1225 appare comunque ancora debitrice delle parole che al tema dedicava Pothier. L'enunciazione è questa: può esistere una serie causale infinita che dall'inadempimento dipende; nel risarcimento si dovrà prendere in considerazione solo quella porzione di tale serie che potrà dirsi “conseguenza immediata e diretta”; se l'inadempimento non è stato doloso la porzione rilevante della serie causale sarà ulteriormente limitata al danno che era prevedibile al momento del sorgere del vincolo¹⁸; e precisiamo che queste ultime due frasi possono anche essere costruite al contrario, poiché indifferentemente è possibile descrivere un dolo che estende la responsabilità alle conseguenze immediate o un'assenza di dolo che di queste limita la rilevanza. L'interscambiabilità delle due formule può anche dimostrarsi con l'indolore passaggio che dalla prima alla seconda formula ha compiuto il

mento all'art. 1223. Cfr. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 590 che proprio a Pothier – «benché io stesso nol riconosca definitivo», scrive – si rifa per contrastare una tesi reputata interessante, ma sbagliata.

¹⁵ M. BARCELLONA, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, Milano, 1972, 7, nota 3. V. ora anche A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica – causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 123: «Domat e Pothier non ci hanno detto nulla circa la logica che dava senso al sistema di regole (gli attuali artt. 1223, 1225 e 1227, co. 2) che costruivano e, per di più, hanno modellato queste regole attraverso una esemplificazione complessivamente inappropriata, idonea soltanto – ma non c'è da stupirsi – a generare linguaggi confusi e impianti concettuali incongrui».

¹⁶ CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 34.

¹⁷ ATIAS, *Teoria contro arbitrio*, cit., 75.

¹⁸ Quindi – scriveva A. DE CUPIS, *Sulla determinazione del risarcimento nell'ipotesi di colpa grave del debitore*, in *Foro it.*, 1957, 389 – «l'art. 1225, a ben vedere, introduce un *limite del limite*, restringendo ulteriormente il limite stabilito dall'art. 1223».

legislatore dal 1865 al 1942¹⁹; e questa precisazione è fatta per adombrare da subito le instabili fondamenta su cui poggia, in questo tema, la dialettica regola-eccezione.

Fin qui, potrebbe dirsi, è il legislatore a parlare, non Pothier. Ma così non è. La descrizione dell'intera vicenda in termini puramente causali, fatto salvo il richiamo alle conseguenze dell'art. 1223 (della cui portata causale, oggi, comunque, alcuni dubitano²⁰), non si evince dal dato normativo: è Pothier a suggerirla con i suoi esempi ripresi dalla tradizione romanista²¹. Eppure, sempre in Pothier, può trovarsi una ricostruzione alternativa. Ad esempio, recentemente – ma la radice dell'idea è antica – è stato sostenuto che la prevedibilità dell'art. 1225 non ha a che fare con un discorso di conseguenze che seguono ad altre conseguenze, bensì intende regolare un fenomeno di mera quantificazione: la previsione riguarda una somma di denaro e non un evento o una serie

¹⁹ Il codice del 1865 prevedeva infatti all'art. 1228 abr.: «il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo». L'art. 1229 abr. disponeva: «quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione».

²⁰ V. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Convegno per il cinquantenario della rivista* (di diritto civile), 2006, 88 ss.: «... se si tratta di liquidare il danno, determinando l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, il riferimento non è a fatti bensì a valori. Il che significa però che l'art. 1223 in nessun modo può essere inteso come una regola causale». Lo stesso Castronovo riprende il discorso nel recente ID. *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 872 (di cui sul tema invitiamo anche a confrontare le pp. 391 ss.) e cogliamo l'occasione di indicare che il volume da ultimo menzionato – che aggiorna ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006 – riceverà solo sporadici riferimenti, essendo stato pubblicato quando il presente lavoro era già stato consegnato all'editore. Sulla valenza causale dell'art. 1223 v. anche, tra gli altri, C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 223; ID., *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 50 ss. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2007, 187; G. GRISI, *Sub art. 1223*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, 159 ss. e R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 239 ss.

²¹ V. in particolare la ricostruzione che della vicenda proponeva il manuale di PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV, Firenze, 1908, 472 ss., dove «il concetto del Pothier» non è altro che il sistema descritto nel testo. Per la dottrina recente v. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*, cit., 196 ss.; cfr. G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009, 280 ss.; GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 147 ss.

di eventi²². Vedremo a tempo debito il maggior pregio di questa ricostruzione, di cui comunque dubitiamo. Per il momento ne annotiamo il primo guadagno concettuale: la questione del risarcimento non è solamente una vicenda di eventi, è soprattutto un problema di valori. Per apprezzare questo guadagno è necessaria una puntualizzazione che introdurremo non prima di indicare come anche questa ricostruzione, solo per certi versi in antitesi con la ricostruzione causale, sia, come detto, riconducibile a Pothier, e per la precisione a quell'accordo implicito di volontà che, potendo assumere le forme d'una "clausola penale implicita", diviene un accordo, per l'appunto, non tanto su eventi, quanto su valori.

Ed ecco la puntualizzazione. Il rapporto tra eventi e valori è flebile più di quanto possa apparire²³, ma esiste. «I valori danno significato a fatti di cui riflettono la serie causale», è stato osservato²⁴. Sciogliamo l'asserzione alla seguente maniera: compro il bene X per far funzionare il macchinario Y; la mancata consegna del bene determina l'inutilizzabilità del macchinario; l'evento "mancato utilizzo del macchinario Y" ha un valore che di certo non corrisponde al valore del bene X; l'evento menzionato, dunque, consegna un altro valore (d'uso) al bene X rispetto a quello suo proprio (di scambio). Ed è in questo momento che l'evento diviene un valore. Fin qui, nulla di complesso; e nemmeno, fin qui, qualcosa distingue la questione causale dalla questione della valutazione in termini economici. Prevedere l'evento significa prevedere il valore che per il compratore il bene può avere, forse non nel dettaglio, ma all'incirca. Vi sono, però, casi in cui l'evento assume rilevanza in purezza, ossia svincolato dalla logica del valore, ed altri in cui è invece la quantificazione del valore a non avere a che fare con alcun evento. E poi ci sono i casi incerti. Del primo gruppo fanno parte le ipotesi in cui una prestazione mal eseguita – pur sempre un inadempimento, dunque

²²V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, *passim*. V. anche TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 571.

²³Ad esempio «una distinzione fra problemi della causalità e problemi della valutazione del danno» non è – a dire di TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 168 – «per sé evidente» e l'annotazione appare speculare a quella di REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*, cit., 31, a parere del quale «facilmente il problema del nesso causale può confondersi con la questione circa la valutazione del danno».

²⁴CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 88.

– determini delle conseguenze negative sul patrimonio del creditore. Da Ulpiano in poi si discorre d'un bue infetto che ne contagia altri²⁵. In questi casi l'evento ulteriore assume un significato, come detto, in purezza, poiché non è più del valore del bue comprato che stiamo discorrendo, ma del valore dei buoi infettati, e in ipotesi sulle conseguenze dell'epidemia che focalizzeremo la nostra attenzione. Del secondo gruppo fanno parte, ad esempio, le variazioni del valore di mercato. In due determinati momenti storici lo stesso bene può avere due valori diversi. Qualche evento che giustifica l'accaduto ci sarà stato di sicuro, ma questo non si pone nella connessione causale che dall'inadempimento arriva alle sue conseguenze²⁶. Se la modifica del valore si realizza nelle more dell'esecuzione, nasce il problema di decidere a quale valore parametrare il risarcimento; e questa decisione non riguarda eventi e conseguenze, bensì, esclusivamente, valori. Alle ipotesi incerte ascriviamo le questioni inerenti al c.d. valore d'affezione. Tizio nota su una bancarella un bene a cui lo lega un particolare valore sentimentale e, accordatosi per la consegna, resta a mani vuote per l'inadempimento del venditore. Questo sovrappiù valoriale viene generalmente descritto, a ragione, come un valore d'uso, e ciò potrebbe portare ad interpretare la dinamica di un'ipotetica sua risarcibilità in termini causalistici. Eppure, questo determinato uso, l'uso affettivo, è così particolare da inquadrarsi difficilmente in eventi, lasciandosi perciò meglio ricollegare (se ritenuto risarcibile) ad un aspetto di mera quantificazione. Sempre ai casi incerti – e l'accostamento che così viene a crearsi con il c.d. valore d'affezione è più significativo di quanto appaia – è possibile ascrivere quello che è forse l'ultimo arrivato in questa lista di punti critici dei sistemi di risarcimento, ossia quello delle riparazioni antieconomiche²⁷. Costi di ripa-

²⁵ Questo l'esempio classico di Giuliano riferito a Ulpiano in D. 19. 1. 13. 1. come ricorda LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 93, che troverà poi con POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, cit., 107, ingresso nella letteratura contemporanea. Tratteremo analiticamente l'esempio *infra*, par. 51.

²⁶ Cfr. A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 16 ss.; BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica – causalità materiale»*, cit., 128, nota 20.

²⁷ Sul tema v. tra gli altri G. FERRI JR., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1992; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica, Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 188 ss. e 207; A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992, 186; M.R. MARELLA, *La riparazione in forma specifica*, Padova, 2000, 178 ss.

razioni esorbitanti la perdita patrimoniale connessa alla mancata riparazione fanno sorgere il problema della legittimità del loro risarcimento.

Anticipiamo che nelle cinque ipotesi così enucleate può racchiudersi tutta la moderna problematicità della quantificazione del danno, ed ognuna di queste riceverà un' autonoma considerazione nel prosieguo. Qui possiamo già dire che una regola astratta di risarcimento deve poter dare soluzione ad ognuna di queste ipotesi e l'unica regola che sembra assolvere tale compito è la teoria dell'accordo implicito.

3. La teoria dell'accordo implicito e l'art. 1229

Perché il risarcimento del danno deve arrestarsi alle soglie del prevedibile? Perché vi è un accordo implicito tra debitore e creditore sulle conseguenze economiche dell'inadempimento – si è soliti far rispondere a Pothier²⁸ – accordo in cui per definizione l'imprevedibile non rientra²⁹. Avremo modo di notare come la riduzione dell' articolato pensiero di Pothier a tale assunto non sia molto precisa³⁰; per il momento riformuliamo l'idea nella seguente maniera: prevedibilità come consapevolezza, consapevolezza come accettazione del rischio e quest'ultimo come accordo. D'altronde, può osservarsi subito, se il contraente avesse potuto sospettare per tempo delle grandi conseguenze economiche cui sarebbe andato incontro in caso di inadempimento, è lecito immaginare, che da quell'accordo si sarebbe astenuto e dunque – annota acutamente Vittorio Polacco in un tempo in cui un tal tipo di logica non andava di moda – limitare il risarcimento significa incentivare i traffici commerciali³¹. Ha una strana storia questa teoria dell'accordo implicito

²⁸ *Ex multis*: POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 597; L. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954 II, 367; LAMBO, *Willful breach e inadempimento doloso*, cit., 117.

²⁹ Se pur contrario all'idea, è questa la ricostruzione che del pensiero di Pothier fornisce anche COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, cit., p. II, 105. Per il successo nella dottrina francese di questo accordo implicito v. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 14, note 59-60.

³⁰ V. *infra*, parr. 5 ss.

³¹ POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 586 che precisiamo – e sulla precisazione torneremo a breve (v. *infra* par. 4) – riferirsi alle conseguenze immediate e dirette e non al criterio della prevedibilità: «se si dovessero risarcire anche i danni remoti [...] potrebbe

to. Sembra nascere ad esaltazione della “volontà creatrice”; vero o no, comunque traballa con quest’ultima ai tempi della primazia della legge sulla volontà, nel contempo si arricchisce d’una giustificazione efficientista che in qualche modo anticipa quel metodo economico che, poi – e così arriviamo al tempo presente – porterà nuova linfa all’antica teoria; al punto da far constatare con dichiarata sorpresa «come la risalente teoria sull’accordo tacito condivide l’impostazione di fondo del moderno “Agreement-Centred Approach”»³².

Parallelamente nasce e si sviluppa la regolamentazione delle limita-

darsi che per l’inadempimento di un’obbligazione un debitore si trovasse esposto a perdere anche tutto il suo patrimonio, ed è chiaro come pericoli simili rallenterebbero il moto dei civili e commerciali negozi». Più preciso di lui, di lì a breve sarà MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso*, cit., 60-61: «se noi poniamo a mente gli sviluppi storici dell’esigenza di una limitazione del risarcimento vediamo subito come questa si richieda appunto per evitare che di conseguenza in conseguenza il risarcimento si tramuti da un mezzo di equilibrio giuridico in uno strumento di equilibrio economico, che sarebbe quanto mai pernicioso alle private ed alla pubblica economia, esposte ai pericoli di un risarcimento illimitato. Da questo punto di vista le nuove teorie [che estendono la risarcibilità oltre le conseguenze immediate e dirette] sono decisamente da respingersi, come contrarie agli intendimenti legislativi tradizionali ed alla stabilità e prosperità dell’economia generale». V. per la dottrina contemporanea TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, cit., 520; DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., spec. 215; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 981-982; G. VILLA, *Il danno contrattuale risarcibile*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, 927; F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto, Contributo allo studio dell’autonomia privata*, Torino, 2012, 226; GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 18 che proprio «la generale esigenza di non dissuadere dalle contrattazioni e, in ultima analisi, di promuovere il mercato» pone a “prospettiva cruciale” del suo studio (v. anche, IBIDEM, 167); TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 578; F. ROSSI, *Prevedibilità del danno*, in *Il danno contrattuale*, opera diretta da M. COSTANZA, Torino, 2014, 67 ss. Un accenno al tema si trova anche in M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 513 ss.

³²F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 310, che si riferisce nel paragone a A. KRAMER, *An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages, Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford-Portland, 2005, 249 ss. L’idea dell’accordo implicito rivive – cfr. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 38 – anche in DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 139: «la giustificazione che abbiamo creduto di dare del requisito della prevedibilità come confine dell’area del danno risarcibile appare assai vicina a quella suggerita dalla più risalente tradizione».

zioni pattizie della responsabilità, oggi l'art. 1229³³, e proprio dal coordinamento che sul dolo avviene tra questa norma e la teoria dell'accordo implicito è forse possibile ipotizzare la validità sistematica di quest'ultima: così come una limitazione concordata della responsabilità non varrà in caso di inadempimento doloso, così, nel medesimo caso, quell'accordo tacito incardinato nella regola della prevedibilità non potrà sortire i suoi effetti³⁴. Se la regola della prevedibilità rappresenta un beneficio legale³⁵, laddove il 1229, invece, un beneficio convenzionale³⁶, il dolo, in entrambi i casi, ne comporta la decadenza. Qualche problema presenta la diversa formula del 1229 con cui il dolo, distanzandosi dall'art. 1225, viene associato alla colpa grave³⁷; facile è poi ipotiz-

³³ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 150 ss. e 312 ss.; DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 60 ss. e 193 ss. Per un'introduzione a tale disciplina v. anche A. D'ADDA, *Sub. art. 1229*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, 346 ss.; G. CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008; G.C. ADRIANO, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2012, 4 ss.

³⁴ Per quanto dato all'interno d'un discorso più generale volto anche a distanziare l'art. 1225 dall'art. 1229, un nucleo comune tra questi è indicato da DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 204, dove si legge che tramite il comune dolo «la conoscenza che [il debitore] ha dei limiti del risarcimento, derivino essi da clausola limitativa della responsabilità o dal criterio della prevedibilità, non gli goveranno se egli deciderà di non adempiere». Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 386.

³⁵ Proprio di *beneficium* parlava Molineo, ripreso sul punto anche da GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 216, come d'altronde di «un riguardo al debitore scevro da dolo» parlava al tempo GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., 190.

³⁶ Espressamente sull'affinità tra la regola della prevedibilità e l'art. 1229, di recente, A.G. CIANCI, *Sub. art. 1225*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, 240.

³⁷ V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 198; LAMBO, *Willful breach e inadempimento doloso*, cit., 176 ss. Un accenno in G. VISINTINI, *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo* (nota a Cass. 16-9-1980, n. 5269), in *Dir. mar.*, 1981, 219, nota 3; G. GRISI, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, V. I, Napoli, 2018, 954 che inoltre invita a prestare attenzione al fatto che il dolo menzionato dall'art. 1225 è un dolo da cui “dipende” l'inadempimento, mentre l'art. 1229 si riferisce genericamente ad una responsabilità dolosa «e ciò sta, forse, a testimoniare che quest'ultimo va definito secondo coordinate diverse da quelle impiegate con riguardo all'art. 1225». In generale sul tema d'un – dichiarato o negato – principio di equiparazione tra dolo e colpa grave v. G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 148; DE CUPIS, *Il danno*, cit., 251 nota 142; LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 376 ss.

zare che le definizioni di dolo presenti nelle due disposizioni non siano identiche³⁸. Anche per introdurre quest'ultimo punto è utile soffermarsi sulle giustificazioni che di tale decadenza vengono fornite, anticipando però che nel prosieguo saremo portati a dubitare proprio di questa ricostruzione in termini di beneficio-decadenza.

La giustificazione più antica (ma non per questo attualmente in disuso) dell'inasprimento doloso ascrive – nella scia di Molineo³⁹ – il dolo all'illecito⁴⁰. La giustificazione più moderna – di cui un'ultima appendice diviene la sorprendente risposta preventiva del legislatore del '42 (o meglio del 1865) all'inadempimento efficiente – preferisce invece parlare d'un giudizio di convenienza che potrebbe balenare nella testa del debitore, giudizio di convenienza che proprio la disciplina dell'inadempimento doloso dovrebbe scoraggiare⁴¹. La giustificazione antica ha il seguente pregio sistematico: l'inadempimento doloso estende la respon-

³⁸Cfr. già LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 595.

³⁹V. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 57; cfr. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 7.

⁴⁰V. ad es. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, cit., 212; cfr. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 180. Questo è l'attuale punto di vista di M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 393, che precisamente – v. anche ID., *L'illecito*, cit., 1345 – parla d'un "fatto illecito tipico" come G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 47, a parere della quale «l'indagine storica consente di affermare la natura originaria di illecito del dolo del debitore e di cogliere il sostanziale rinvio della norma in esame, per quanto concerne il dolo, alle disposizioni in tema di illecito»; cfr. ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 249; ID., *Cos'è la responsabilità civile*, cit., 297. Aderiscono a tale impostazione anche G. DEPETRO, *La prevedibilità come criterio d'individuazione del danno risarcibile*, in *NGCC*, 1991, 63; C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 450-451; M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 184. Controverso è se la relazione di Bigot de Préameneu al *Code* del 1804 avesse adottato quest'idea: si a dire di LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 95 ss. che sottolinea la "nuova obbligazione" cui quelle pagine fanno riferimento; no per GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 21 (e 210 ss.), che invece pone l'accento su quel riferimento all'inadempimento che comunque, sempre in quelle pagine, fonda il limite alla risarcibilità anche nel caso di dolo.

⁴¹Torneremo diffusamente sul punto, a cominciare da *infra* par. 17. La sorpresa potrebbe comunque ridimensionarsi osservando come anche J. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, Libro III, tomo V, sez. II, Firenze, 1834, 67, si trovi a discorrere di un mercante che lucra da un inadempimento, e che per tale motivo – continua Domat – dovrebbe essere chiamato ad un risarcimento più gravoso rispetto all'alternativa dell'assenza di mala fede nell'inadempimento.

sabilità alle conseguenze immediate e dirette; tale estensione di responsabilità è propria del danno aquiliano (v. il rinvio del primo comma dell'art. 2056); l'inadempimento doloso è, per gli effetti, aquiliano⁴². Meno persuasivo⁴³ appare oggi il coordinamento tra l'art. 1225 e l'art. 1229 che la dottrina del dolo-illecito proponeva (e che per certi versi collega primo e secondo comma dell'art. 1229): essendo la disciplina dell'illecito data a tutela dell'ordine pubblico, un'eventuale limitazione pattizia di tale responsabilità – in cui rientra l'inadempimento doloso – è da considerarsi inefficace, proprio perché contrastante con l'ordine pubblico⁴⁴. Anche per recidere l'intricato rapporto tra azione aquiliana e risarcimento da inadempimento che veniva così configurandosi⁴⁵ e forse anche al fine di valorizzare «il contesto relazionale entro cui la disciplina in parola è calata»⁴⁶, nasce la concezione più moderna che ini-

⁴² LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 156: «che dal fatto illecito extracontrattuale nasca una obbligazione risarcitoria, avente eguale oggetto di quella sorgente dal dolo del debitore non è [...] una coincidenza [...]. In un regime di bipartizione tra azione “contrattuale” ed azione “delittuale”, ciò sembrerebbe significare che il dolo è sanzionato mediante l'azione *delittuale*». Una considerazione analoga si trova in MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, cit., 450-451. Definisce «un modello di chiaro stampo extracontrattuale» il danno da inadempimento doloso PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 145.

⁴³ V. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 593 ss.: ma v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 596, spec. nota 99.

⁴⁴ Cfr. F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 87; D.M. FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana, Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, Padova, 2013, 272 ss.; D'ADDA, *Sub. art. 1229*, cit., 358-359 che invita a separare il secondo comma dell'art. 1229 dall'illecito aquiliano pur riconoscendo come «sul piano empirico sembra indubitabile che con maggiore frequenza le clausole di esonero della responsabilità possano “incappare” nei limiti del cpv. dell'art. 1229 c.c.». Si segnala come questo problema dell'ordine pubblico tenda a sfumare nella disciplina (*ante litteram*) delle clausole vessatorie in POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 391, là dove, prendendo le mosse dall'ordinamento tedesco, si può leggere di questo divieto di esenzione di responsabilità «... in materia di grandi imprese di trasporti che, esercitando un monopolio di fatto, verrebbero ad imporre coattivamente detta clausola al pubblico».

⁴⁵ V. sul punto le sette proposizioni enucleate da LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 130-131. Per il rapporto tra inadempimento doloso e concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale v. FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, cit., 285 ss. Annotiamo anche come già POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 605, definiva questo concorso «di per sé molto discutibile».

⁴⁶ Il non porre in rilievo tale dimensione costituisce la critica che GRISI, *L'inadem-*

zialmente prenderà di mira l'art. 1229. L'inefficacia della limitazione di responsabilità in costanza di inadempimento doloso veniva a questo punto accostata alla condizione meramente potestativa più che all'illecito⁴⁷ ed il substrato concettuale che tale accostamento ha ispirato è suonato ben compatibile coi risultati che sul fronte del dolo *ex art. 1225* la dottrina andava scovando: un'obbligazione ha un nucleo minimo inderogabile, se la scelta tra adempiere o non adempiere fosse senza conseguenze, questo nucleo verrebbe meno⁴⁸.

Al centro della disputa, lo noteranno alcuni, vi è anche il concetto di inadempimento doloso⁴⁹. Mentre la concezione moderna l'assimila *tout court* all'inadempimento intenzionale, la concezione antica era propensa a ricercare un *quid pluris* rispetto alla mera coscienza di non adempiere; l'inadempimento volontario non valeva in sé ma necessitava d'un fine ulteriore: l'inadempimento doveva essere dato allo specifico obiettivo di nuocere⁵⁰.

pimento dipendente da dolo, cit., 946 (da cui è preso il virgolettato del testo) riserva alla sovrapposizione tra dolo e illecito.

⁴⁷ V. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, cit., 55 su cui v. la precisazione – non molto chiara – di POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 389. Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1, Milano, 1963 (ristampa inalterata dell'edizione del 1948), 106: «sarebbe disarmare il diritto alla prestazione, che non sarebbe più diritto». Per il seguito che questa idea ha ricevuto nella dottrina francese v. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 253 ss., cfr. L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, 18 ss. Aderisce a quest'impostazione DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 62 e 194 ss. (che scrive: l'intenzione del legislatore sembra qui essere stata quella di evitare che un minor rigore nelle conseguenze dell'inadempimento implicasse un eccessivo svuotamento del vincolo obbligatorio). Qualcosa del genere si trova in D. SANTOLINI, *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I contratti*, 2007, 1027.

⁴⁸ Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 386: «l'esclusione di limitazione della responsabilità in caso di dolo può spiegarsi con l'esigenza – in senso analogo all'art. 1229 c.c. – di precludere improprie conversioni del comportamento *dovuto* dal debitore in comportamento *facoltativo*». V. anche ROSSI, *Prevedibilità del danno*, cit., 90.

⁴⁹ V. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., 98-99. Cfr. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 214: «tutta la dottrina che recupera la qualificazione aquiliana dell'inadempimento doloso tende a negare – sebbene con accenti diversi – che il dolo del debitore, rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c., consista nel semplice rifiuto di esatto adempimento. Detto altrimenti, l'obbligo risarcitorio esteso al danno imprevedibile richiederebbe un *quid pluris* rispetto al volontario inadempimento».

⁵⁰ V. *infra* par. 16.

4. Teoria dell'accordo implicito e allocazione del rischio

Mettiamo per il momento da parte l'inadempimento doloso e torniamo sulla teoria dell'accordo implicito. Ci interessa ora ripetere e approfondire come questa ad un certo punto sembri cadere sotto le critiche di chi – da Polacco⁵¹ a Coviello jr.⁵², passando per Carnelutti⁵³ – ne tacciò la falsità⁵⁴ (a mo' di «solite obiezioni che attira su sé la nozione di clausola tacita presunta»⁵⁵), ma poi sia risorta sotto il paradigma della “gestione del rischio”. Cardine dell'analisi economica⁵⁶, a questo paradigma deve essere riconosciuto un substrato intuitivo, vero come è vero che fu proprio Pothier ad utilizzarlo⁵⁷ in relazione al suo accordo impli-

⁵¹ POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 597 ss. spec. 598: «l'obbligo del risarcimento deve discendere dall'inadempimento imputabile in sé e per sé, come *contra ius* non già da presunzioni di accordi fra le parti».

⁵² COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, cit., p. II, 99: «la responsabilità per danni non è punto fondata sulla volontà delle parti, ma è una conseguenza *legale* del contratto che sussiste anche senza la volontà di esse, senza cioè che esse abbiano pensato o potuto pensare a una violazione dell'obbligazione e alle sue conseguenze» (corsivo in originale).

⁵³ CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 628: «tutti i motivi dedotti dalla presunta volontà delle parti hanno fatto il loro tempo; in verità si attribuisce alla volontà delle parti quel che è nella volontà della legge» e v. anche A. VERGA, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti in memoria di Ageo Arcangeli*, vol. 2, Padova, 1939, 569.

⁵⁴ Per un inquadramento di quel dibattito v. anche GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 24 ss., cfr., per la dottrina del nuovo codice C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979, 372, che reputa inammissibile «un collegamento della responsabilità alla volontà negoziale» e da ciò – aggiungiamo – fa discendere un'interpretazione correttiva dell'art. 1225 orientata allo slittamento del momento di rilevazione del giudizio di prevedibilità, dal sorgere del vincolo all'inadempimento (p. 380). V. *infra* par. 11.

⁵⁵ Il virgolettato è speso da R. SACCO, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Il contratto*, t. 2, R. SACCO e G. DE NOVA, Torino, 2004, 698, su un tema in qualche modo collegato al nostro, ossia la risoluzione per eccessiva onerosità.

⁵⁶ V. F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento contrattuale*, in *Quadrimestre*, 1988, 484 ss.; M.R. MARELLA-L. CRUCIANI, *Il danno contrattuale*, in *Il nuovo contratto*, Opera diretta da P.G. MONATERI e altri, Torino, 2007, 1005 ss.

⁵⁷ Ad equiparare il termine “rischio” al termine “pericolo”, il concetto compare in Pothier poco meno di una decina di volte. Cfr. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 181: l'impostazione volontaristica della materia del danno «conduce a porre il problema della determinazione dell'area del danno risarcibile sempre più in termini di individuazione del *risque accepté*, e, dunque, a risolvere dichiara-

cito in tempi in cui l'analisi economica non era neanche pensabile.

L'idea di fondo, in fin dei conti, è semplice. Il danno è la concretizzazione d'un rischio, risarcire o non risarcire questo danno significa allocare quel rischio. Dato che ogni contratto è un sistema economico autonomo, è l'economia del contratto stesso che deve essere interrogata per decifrare la migliore allocazione del danno che all'inadempimento si collega, poiché senza dubbio «la ripartizione dei rischi tra le parti è un aspetto del regolamento complessivo dei loro interessi»⁵⁸. Tanto facile a dirsi quanto difficile a darsi, questa “interrogazione dell'economia del contratto” rappresenta un campo d'analisi fruttuoso solo ad introdurvi tutti gli elementi che effettivamente la compongono: controprestazione, livello di diligenza, correlazione tra questa e quella e aderenza di tale correlazione al risultato sperato dal debitore. Che poi tanto autonoma, a ben vedere, questa economia non è. Esiste infatti un'economia interna al contratto ma esiste anche il quadro economico generale in cui il contratto viene dato. Il rapporto tra questo e quello può essere biunivoco. Il valore della controprestazione, ad esempio, in molti casi non sarà che il valore di mercato della prestazione o del bene, così come il livello di diligenza che è possibile pretendere sarà dato dal livello di diligenza medio che a quel tipo di prestazione il mercato è solito riservare. Ma non è solo il mercato ad interferire con il contratto. Il grande pregio della ricostruzione efficientista è proprio l'aver messo in luce la centralità delle ripercussioni economiche esterne che una determinata allocazione del danno produce. Avevamo già accennato alla giustificazione “economicista” d'un qualche limite al risarcimento funzionalizzato al farsi incentivo per traffici commerciali⁵⁹. Il creditore è costretto a ri-

tamente il contenuto normativo della prevedibilità nell'individuazione, condotta secondo criteri rigorosamente oggettivi, *du risque dont il (il debitore) s'est chargé*».

⁵⁸ Così DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 122, che già aveva osservato come (p. 90) «le parti, nel concludere il contratto e nell'assumere le rispettive obbligazioni, hanno anche, esplicitamente o implicitamente, distribuito i rischi da inadempimento; nella determinazione del corrispettivo richiesto per una certa prestazione sarà anche entrata la considerazione della misura del rischio accollato». Cfr., *ex multis*, M. MAGGIOLLO, *Causa in concreto e danni prevedibili*, in *Obb. e contr.*, 2012, 727; TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 573.

⁵⁹ L'accento – lo ricordiamo – prendeva spunto da quanto POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 586, scriveva in tema, non di prevedibilità, bensì di conseguenze immediate e dirette e la precisazione è – alla luce di quanto andiamo scrivendo – più significativa di quanto possa apparire.

nunciare ad un po' di ciò che gli spetterebbe perché la società, in tal modo, guadagna più di quanto il creditore perde, sembra dire questa lettura. Un'economia di mercanti, che oggi sono creditori e domani potranno essere debitori, fa da sfondo ad un tal modo di ragionare, peraltro assolutamente compatibile con la descrizione della regola della prevedibilità in termini di beneficio – precisamente: beneficio mercantile – da cui si può decadere là dove il debitore non si comporti, per l'appunto, da buon mercante, ossia quando dolosamente non adempia⁶⁰.

A ritenere suggestiva questa ricostruzione, una prima antinomia sembra però disvelarsi nel dato normativo. Così come una limitazione del risarcibile contrattuale ha da essere data per non ingessare i traffici economici, alla medesima esigenza non è estranea l'area extracontrattuale⁶¹. Su quest'ultima scriveva giustamente Gino Gorla: «*agire è sempre un rischio*; e, se il soggetto ne dovesse sopportare *tutte* le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuroso o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione. Ne potrebbe nascere una società di *statici* buoni padri di famiglia»⁶²; saranno poi i costi sociali di Guido Calabresi ad approfondire il tema⁶³. L'antinomia è questa: se nell'aquiliano basta l'art. 1223 per scongiurare la stasi del traffico economico incarnato in un livello eccessivo di precauzione, che al suo massimo diviene l'inazione⁶⁴, perché mai la medesima norma, in ambito contrattuale, al medesimo scopo non appare più abile? In fin dei conti, è possibile aggiungere, la teoria che vuole il livello di precauzione assestato sul danno ipo-

⁶⁰ Cfr. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 220-221.

⁶¹ Di diverso avviso sembrano GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 18 e 30; DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, cit., 227 e ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, cit., 982.

⁶² G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 407 (corsivi in originale). Notiamo poi come nello stesso Gorla (p. 419) anche l'art.1225 viene descritto come una «ulteriore limitazione, questa, che venne stabilita com'è noto, per non dissuadere il soggetto dall'assumere una obbligazione».

⁶³ Ovviamente: G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economico-giuridica*, trad. it. Milano, 1975, ristampa: Milano, 2015.

⁶⁴ Cfr. L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti, Prolegomeni*, Torino, 2018, 82: «prevenire una interferenza distruttiva di segmenti del patrimonio altrui richiede un blocco pressoché totale della vita associativa, evenienza, questa, come è facile supporre, del tutto fantasiosa».