UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

Tesi di dottorato

in

Diritto privato per l'Europa – area di Diritto civile

XXVII ciclo

Il lucro cessante extracontrattuale

Coordinatore e Tutor:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Candidato:

Tommaso Pellegrini

Anno Accademico 2014-2015

Indice sommario.

Introduzione e piano dello studio……..4

1. Inquadramento.

1.1. Il lucro cessante come categoria descrittiva…… 10

1.2. Regole di responsabilità e regole di risarcimento……12

1.3.1. L'art. 1223 tra concezione eziologica e concezione valutativa…….21

1.3.2. (segue) la demistificazione dell'argomento causale……..26

1.4.1. Il lucro cessante tra concezione eziologica e concezione valutativa e il problema della prevedibilità del lucro cessante extracontrattuale……...28

1.4.2. (segue) «i valori danno significato a fatti, di cui riflettono la connessione causale». Rinvio……..35

2. Il lucro cessante contrattuale.

2.1.1. Funzione economica dello scambio e funzione giuridica del risarcimento: l'art. 1225…… 39

2.1.2. (segue) l'art. 1225 e la limitazione del danno risarcibile……..51

2.1.3. (segue) l'art. 1225 e l'estensione del danno risarcibile…….58

2.2. La tutela satisfattiva del lucro cessante e i danni consequenziali…….64

2.3. Il ruolo del valore di mercato nella valutazione della prestazione e le modificazioni del valore dell'interesse del creditore. Ancora sull'art. 1518.....82

3. Il lucro cessante extracontrattuale.

3.1. I rapidi natali dell'art. 2056……..95

3.2. Il lucro cessante come prototipo di danno incerto. Critica……...97

3.3. Il secondo comma dell'art. 2056 come *ius moderandi* (critica) e come bilanciamento del mancato rinvio dell'art. 2056 all'art. 1225……..109

3.4. La 'statiticità' della tutela aquiliana e il risarcimento del lucro cessante come danno capitalistico da contestualizzare……116

3.5.1. Valore d'uso e valore di scambio nell'ottica del risarcimento……121

3.5.2. Il lucro come valore d'uso e il valore d'uso come interesse *singulare*. Il valore di scambio come proiezione di valori d'uso e il lucro cessante risarcibile come "produttività eccentrica"……129

3.5.3. Il valore di scambio come generalizzazione e l'equità nel risarcimento del lucro cessante come tecnica di riconoscimento del valore d'uso……..136

3.5.4. …e del perché la questione non si pone col danno contrattuale….141

3.5.5. Spunti per una ricostruzione unitaria del risarcimento del valore d'uso tra lucro cessante e risarcimento in forma specifica……145

3.6. Appunti sul principio di *non* integrale riparazione del danno extracontrattuale……154

Bibliografia……162

Introduzione e piano dello studio.

1) Nel 1932 Alessandro Graziani introdusse il suo “appunti sul lucro cessante” con queste parole: «la dottrina ha svolto con particolare ampiezza di indagini il tema del risarcimento del danno; ma nella trattazione rimangono ancora alcuni aspetti non del tutto illustrati e vagliati; e ciò sia perché non venne talvolta loro attribuita quell’importanza che essi hanno per una completa conoscenza dell’istituto dal punto di vista teorico e dal punto di vista pratico; sia perché talvolta prevalse il convincimento che essi non involgessero questioni di diritto bensì esclusivamente questioni di fatto, da lasciarsi completamente al criterio discretivo del giudice».

Poter qui, dopo 83 anni, utilizzare le stesse parole per introdurre questo studio pone in rilievo un primo dato significativo, ossia la perdurante ritrosia della dottrina nel riconoscere al lucro cessante la dignità di autonome considerazioni, ritrosia che rende inevitabile interrogarsi sull’utilità di questo lavoro, perché per quanto può essere stimolante occuparsi di un tema tendenzialmente ignorato, nessuna persona di buon senso può sfuggire al sospetto che tale disinteresse sottintenda una reale inconsistenza: se sul lucro cessante è stato scritto poco, un motivo potrebbe pur esserci.

Ed il motivo potrebbe essere, e così iniziamo ad anticipare i temi che a breve tratteremo, che il lucro cessante non è niente di poi così diverso dal danno emergente con cui si unisce per divenire il danno *tout court*, e sul danno la bibliografia è oramai sterminata. Certo il danno emergente viene descritto come un “meno” e il lucro cessante come un “mancato più”, ma la distinzione è per l'appunto descrittiva – «un mero rimando fattuale ad idee economiche elementari», è stato scritto – ed è per tanto inutile attardarsi troppo ad indagarne l’ontologia. Quanto detto può oggi considerarsi l’espressione di una dottrina, dottrina che potremmo definire riduzionista o negazionista (capitolo 1, paragrafo 1), riduzionista perché riduce il lucro cessante al danno, negazionista perche tale riduzione ad altro non porta se non al negare l’esistenza della categoria “lucro cessante” e per quanto gli esponenti di questa dottrina non siano poi così numerosi, l’adesione implicita ad essa sembra ampia al punto da poter essere considerata pacifica.

Eppure il secondo comma del 2056, a mente del quale «il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso», introduce una disciplina

differente tra il danno emergente ed il lucro cessante, e se esiste una disciplina differente per le due voci di danno, inevitabilmente la distinzione tra queste non potrà considerarsi meramente descrittiva.

Parallela alla tesi riduzionista corre un'interpretazione abrogante del secondo comma del 2056 che vede nell'equo apprezzamento nella valutazione del lucro cessante nulla più che l'equità nella determinazione d'un danno incerto nel *quantum* e, se così è, la norma appare come una ripetizione del 1226 – che alla materia si applicherebbe comunque per via del rinvio operato dal primo comma del 2056 – ripetizione per altro fuorviante, poiché totalmente infondata sarebbe l'attenzione riposta dall'ordinamento al lucro cessante extracontrattuale: anche il lucro cessante contrattuale riceverebbe, difatti, la stessa sorte, sorte in alcun modo distinguibile da quella del danno emergente. Avevamo appena detto dell'ampio consenso implicito che la dottrina riduzionista riceve, il successo dell'interpretazione ora proposta del secondo comma del 2056 può considerarsene una manifestazione.

Quest'interpretazione poggia sull'immedesimazione tra lucro cessante e danno incerto, un'idea già diffusa ai tempi dei glossatori del diritto intermedio e ripresa anche nei lavori preparatori del codice. Nel corso della tesi si tenterà di confutare questa immedesimazione, o, perlomeno, si cercherà di porre in rilevo alcune ricadute sistematiche, sottovalutate dalla dottrina riduzionista, che – indipendentemente dalla loro accettabilità o meno – problematizzano la materia al punto da incoraggiarne altre letture (capitolo 3, paragrafo 2).

2) Esistono «premesse non dichiarate, ma tuttavia operanti, dietro argomentazioni che si presentano come mere deduzioni logiche»: in questo solco abbiamo ritenuto fruttuoso muovere i nostri argomenti.

La tesi che proponiamo sul lucro cessante extracontrattuale poggia innanzitutto sulla definizione di questo come *un valore d'uso non introiettato nel valore di scambio* e riteniamo che tale definizione sia identica all'identificazione, in voga nel diritto intermedio, tra lucro cessante e danno all'interesse *singulare*. Occorre infatti premettere che generalmente il valore d'uso diviene il valore di scambio; quest'ultimo, d'altronde, altro non è che una generalizzazione delle utilità che da un bene possono trarsi, una generalizzazione di valori d'uso. Può però accadere che un valore d'uso non entri a strutturare il valore di scambio. Ciò accade quando l'utilità che un singolo soggetto trae da un bene non viene condivisa al punto da non venir presa in considerazione nella generalizzazione del suo valore di scambio (capitolo 3, paragrafo

5.2). In tal senso il valore d'uso che non entra nel valore di scambio può considerarsi un valore "particolare" o, come avrebbero detto i commentatori: *singulare*. Che al lucro cessante risarcibile sia sottesa tale logica è ben dimostrato dal fatto che il valore di mercato di un bene riconosciuto socialmente come produttivo viene calcolato sulla potenzialità di guadagno che nel bene stesso può intravedersi, cosa che trasforma, in caso di danno, questo guadagno futuro, che ben sarebbe potuto essere un lucro cessante, in danno emergente. L'unico spazio effettivo di risarcibilità del lucro cessante si ha, dunque, nel caso in cui questo lucro sia, nel senso che verrà spiegato, particolare.

Posta questa base, una nuova *ratio* viene qui ipotizzata per il secondo comma del 2056: la discrezionalità che al giudice viene riconosciuta ad altro non mira se non ad introdurre un giudizio di "rilevanza sociale" del valore d'uso, giudizio superfluo in tema di danno emergente che in sé trova il suo riconoscimento sociale cristallizzato nella dinamica con cui il mercato assegna i valori alle cose (capitolo 3, paragrafo 5.3).

Si è ritenuto poi di poter scorgere la medesima *ratio* in quel giudizio di non eccessiva onerosità cui il 2058 sottopone l'ammissibilità del risarcimento in forma specifica (capitolo 3, paragrafo 5.5). Questo, infatti, che permetterebbe, astrattamente, il ripristino dei valori d'uso indipendentemente dalla loro generalizzabilità, grazie proprio alla discrezionalità sottesa all'*eccessiva* onerosità nega la risarcibilità di quei valori d'uso singolari al punto da non essere riconosciuti e, pertanto, può anche qui intravedersi operare quello stesso giudizio di "rilevanza sociale" del valore d'uso che abbiamo ipotizzato per il 2056 secondo comma.

Se così è, emerge una direttrice comune all'intero sistema del risarcimento, direttrice che vuole i valori d'uso risarciti sì, ma proporzionalmente alla loro riconoscibilità, dove il tutto potrebbe essere descritto come una valutazione del danno extracontrattuale che non è né – come alcuni ritengono – una *aestimatio rei*, né – come ritenuto da altri – un *id quod interest*, bensì un'*aestimatio rei* integrata con quel poco di *id quod interest* che supera il vaglio di "riconoscimento".

3) Quanto ora proposto enuclea gli snodi argomentativi presenti nel capitolo terzo, ed in particolare dal paragrafo 3.5.1. al paragrafo 3.5.5. Questo capitolo viene preceduto dall'analisi del lucro cessante contrattuale, analisi utile sia per introdurre alcuni argomenti riutilizzati poi sul tema del lucro cessante extracontrattuale, sia per marcare la distinzione tra il lucro cessante contrattuale e il lucro cessante extracontrattuale (capitolo 3, paragrafo 5.4.), distinzione direttamente riconducibile alla valorizzazione

della più generale distinzione tra danno contrattuale e danno extracontrattuale e, perciò, in aperto contrasto con la c.d. "concezione unitaria del danno", secondo alcuni fatta propria dal legislatore con il rinvio operato dal primo comma del 2056.

Se non si condivide l'interpretazione abrogante del 2056 secondo comma, diviene scontato porsi il problema del perché il lucro cessante trovi, a seconda del contesto in cui si manifesta, contrattuale o extracontrattuale, una differente disciplina. Sul punto si è ritenuto imprescindibile vagliare l'effettiva consistenza del 1225 – non richiamato dal primo comma del 2056, e perciò possibilmente connesso con il secondo comma del 2056 – e, per una serie di argomentazioni difficilmente riproponibili in maniera sintetica, che trovano comunque l'avallo di parte della dottrina, dietro a quel giudizio di prevedibilità con cui il codice seleziona le conseguenze risarcibili dell'inadempimento non doloso, si è scorto null'altro che l'emersione, in sede di risarcimento, d'un interesse definibile "contrattuale", ossia l'interesse condiviso dalle parti che non si risolve nel solo valore della prestazione, e non si risolve neanche nell'interesse del creditore al ricevere la prestazione, ma è un interesse per così dire "dialettizzato", che permette l'ingresso nel risarcimento dei c.d. danni consequenziali e, al contempo, limita il risarcimento al danno valutabile *ex ante* dal debitore (capitolo 2, paragrafo 1.). Se così è, non può esistere in sede contrattuale un danno all'interesse *singulare* del creditore, o meglio può esistere ma non sarà questa la caratteristica rilevante per il giudizio di risarcibilità, poiché la relazione che sta alla base del contratto assorbe l'ipotetica valutazione sociale della prestazione e consegna ad ogni contratto "il suo valore" e ciò fa si che, in altre parole, il giudizio di "rilevanza sociale" che abbiamo ritenuto di scorgere nel 2056 secondo comma è di certo fuori luogo in una materia in cui il 1225 relativizza il valore dell'utilità.

Prima del lucro cessante contrattuale – ed arriviamo con ciò alle pagine che seguiranno questa introduzione – dopo l'esposizione della tesi sopra definita riduzionista si proporrà un inquadramento generale della disciplina del risarcimento, inquadramento che in parte mira ad enucleare alcune aeree problematiche che il resto dello studio si propone di indagare e in parte giustifica l'angolo di visuale, come anticipato incentrato sul valore, che verrà adottato.

4) Se comunque dovesse tentarsi una sintesi del lavoro, ancora più stringata di quella adesso proposta, basterebbe prendere le mosse dal titolo che a questa tesi si è dato: il lucro cessante extracontrattuale, un titolo che, a mo' di premessa, contiene in sé le due semplici conclusioni che ci siamo proposti, fin dall'inizio, di raggiungere: il danno

emergente è diverso dal lucro cessante, il danno contrattuale è diverso dal danno extracontrattuale.

1. Inquadramento.

1.1 Il lucro cessante come categoria descrittiva.

La distinzione tra danno emergente e lucro cessante è oggigiorno sotto giudizio. Certo la risarcibilità del lucro cessante ha le sue ricadute sistematiche. Pensiamo al danneggiamento di una cosa, risarcire oltre il valore della cosa stessa, ossia risarcire il lucro che dalla cosa si sarebbe prodotto, vuol dire abbracciare una concezione di danno non che non si esaurisce nella dimensione reale ma si proietta, oltre la cosa, sul patrimonio del danneggiato nel suo complesso[1]. L'oggetto del danno (risarcibile) non è perciò la cosa, ma il patrimonio. L'espressa previsione della risarcibilità del lucro cessante, art. 1223, potrebbe non voler significare altro che l'adozione, da parte dell'ordinamento, della concezione che identifica il danno nella differenza patrimoniale conseguenza dell'illecito, e se così è, accettata questa non vale poi la pena di sottilizzare su quale sia la differenza tra danno emergente e lucro cessante, pena tutt'altro che piccola considerando che in molti casi è veramente difficile capire se, ciò che stiamo risarcendo, è un danno emergente o un lucro cessante.

Già Venezian a suo tempo avvertiva «che in moltissimi casi è impossibile di tracciare una linea netta di distinzione tra danno emergente e lucro cessante, e che circostanze affatto accessorie possono far attribuire la seconda qualifica al danno che in casi analoghi apparisce alla prima»[2]. In tempi recenti il concetto è stato ribadito da chi ha evidenziato che «rispetto a talune fattispecie, v'è da chiedersi se sia da risarcire un danno emergente o un lucro cessante»[3] ed altrove ci si chiede: la perdita di un'azienda è danno emergente o lucro cessante? «"danno emergente", si direbbe, perché si tratta della perdita di un bene. D'altra parte, il valore di un'azienda corrisponde idealmente all'attualizzazione dei flussi di cassa attesi, che costituiscono un lucro cessante»[4]. Altri esempi proposti in dottrina, idonei ad enucleare un problematico inquadramento, sono il danno da fermo del veicolo e il danno da svalutazione monetaria. Il primo trasforma un

[1] Ed è su tale base che F.Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht II:Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 3, arriva a definire il danno «die Differenz zwischen dem Beitrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Beitrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten Beschädigen Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde».

[2] G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Studi sulle obbligazioni, I, Roma, 1918, 303.

[3] A. De Cupis, *Il problema giuridico del* «quantum respondeatur», Riv. dir. civ., 1967, 520; cfr. anche Id., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, 256.

[4] P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 111.

lucro cessante in danno emergente se al fermo il danneggiato rimedia con un auto sostitutiva il cui costo verrà imputato al danneggiante a titolo, per l'appunto, di danno emergente[5]. Il secondo è lucro cessante se il danno viene ricondotto al mancato rimpiego della somma di denaro, se invece danno viene considerato il deprezzamento del potere d'acquisto, allora questo non è più la perdita d'un utilità *acquisibile*, ma diviene la perdita d'un utilità *già acquisita*: da lucro cessante a danno emergente[6].

Esiste perciò una possibile sovrapponibilità tra danno emergente e lucro cessante, sovrapponibilità che indagheremo diffusamente[7] e sovrapponibilità che, secondo altri, manifesta e giustifica un «uso promiscuo delle categorie»[8] necessario e sufficiente per un loro ridimensionamento: «non è da escludere che […] il principio abbia attualmente esaurito la sua funzione storica, e che la norma, al pari di altri istituti del codice, esibisca oggi solo il precipitato di una vicenda normativa già da tempo conclusa»[9]. L'espressa menzione del lucro cessante all'interno di una norma che descrive il contenuto dell'obbligazione risarcitoria – in questo quadro – poteva avere un'utilità sistematica laddove poteva esserci un dubbio effettivo sul fatto che il (risarcimento del) danno potesse estendersi oltre al mero valore della cosa danneggiata, accettata e condivisa pacificamente quest'ultima idea, ben potrebbe l'ordinamento sbarazzarsi del lucro cessante, e laddove lo si tenga, occorre comunque avere ben presente che «la distinzione tra mancato guadagno e perdita subita non sta ad indicare, nel contesto dell'art. 1223 cod. civ., una differenza di disciplina, ma svolge soltanto una funzione descrittiva del danno risarcibile»[10], descrizione peraltro non particolarmente brillante se può essere definita un «mero mero rimando fattuale a idee economiche elementari»[11].

---

[5] M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, Milano 2010, 58. Cfr., De Cupis, *Il problema giuridico del* «quantum respondeatur», cit., 520-521, secondo il quale il danno da fermo «è ulteriore rispetto a quello (emergente) arrecato alla struttura materiale del veicolo e trovante la sua misura nell'ammontare delle spese di riparazione […] si configura come lucro cessante quando non vi è rimedio […] si raffigura, invece, come danno emergente quando il rimedio v'è, ma costoso». Cfr. Sullo stesso tema Id, *Risarcibilità del c.d. danno da fermo*, Foro it., 1958, I, 712.

[6] Il punto viene messo in risalto da F. Realmonte, *Responsabilità da inadempimento*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1986, spec. 646. Cfr. anche A. di Majo, *Prassi giudiziali e indirizzi legislativi in tema di svalutazione dei debiti pecuniari*, Foro it., 1979, V, spec. 105. In generale sulla questione v. il recente N. Rizzo, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, 221 ss.

[7] Rinviamo in particolare al capitolo 3, paragrafi 5 ss.

[8] M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 22.

[9] Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 136. L'avversione dell'autore per il lucro cessante viene ribadita (Ibidem, 190) nell'esposizione della tesi che vuole il lucro cessante come unico danno risarcibile da interesse positivo in caso di risoluzione (C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, Eur. dir. priv., 1999, 79; A. di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 104), riprenderemo il rapporto tra lucro cessante ed azione di risoluzione al par. 2 del cap. 3. Cfr. anche G. Smorto, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 15, nota 17.

[10] G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 633. Cfr., anche M. Abrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, 158-159: «si nota come le due

Alcune premesse più generali sono necessarie per iniziare a comprendere i termini della questione.

1.2. Regole di responsabilità e regole di risarcimento.

Nel codice civile del '42 la materia della responsabilità extracontrattuale si presenta in due blocchi 'geograficamente' distanti, gli articoli 2043 ss., con le correzioni che svolgeremo, disciplinano l'illecito, ossia gli elementi necessari per il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, gli articoli 1223 ss., con le correzioni che svolgeremo, riguardano l'obbligazione risarcitoria, ossia i criteri che ne fissano l'oggetto, poiché l'oggetto è il danno e, come viene sostenuto da più parti, gli art. 1223 ss. sono il c.d. modello unitario di danno che formatosi sotto la vigenza del codice abrogato appare consacrato dall'art. 2056 del codice attuale[12].

Il tutto è già stato illustrato attraverso la dialettica fattispecie-effetti[13]. La fattispecie è descrivibile come «il complesso degli elementi necessari per la produzione di un effetto

figure [danno emergente e lucro cessante] abbiano una valenza sostanzialmente sistematica e nominalistica, senza effettive ricadute sul piano della disciplina giuridica». Uno spunto in tal senso è presente già in E. Giusiana, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, 96 ss.

[11] Entrambi i virgolettati sono di P.G. Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 181.

[12] «L'art. 2056 c.c., che disciplina la valutazione dei danni riguardo [la responsabilità extracontrattuale], facendo rinvio agli artt. 1223, 1226 e 1227 che concernono [la responsabilità contrattuale], può dare l'illusione che, salvo qualche particolare di disciplina, la perdita in cui il danno consiste nell'una e nell'altra sia la stessa», così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 227. Ci preme fin d'ora dichiarare la nostra assoluta contrarietà a tale concezione unitaria del danno, nel corso dello studio emergeranno diffusamente argomentazioni e riferimenti bibliografici sul tema. Basta qui segnalare che spunti introduttivi di tale concezione sono presenti in C.F. Gabba, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, Nuove quistioni di diritto civile, Milano-Torino-Roma, 1912, 173 ss. e che tale concezione unitaria si presenta nel dibattito italiano introdotta dal problema, avvertito sotto la vigenza del vecchio codice del poter, o non poter, in mancanza di esplicito rinvio, applicare quanto quel codice dettava in tema di danno da inadempimento (artt. 1228-1229 cod. abr.) al danno da fatto illecito. Per una panoramica sul quel dibattito si rinvia a A. Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli, Vol. II, Padova, 1939, 555 ss.

[13] A. di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, Eur. dir. priv, 2008, 290; id., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 244; utilizzano la distinzione, con diverse sfumature, anche, tra gli altri, C. Castronovo, *Danno biologico, Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 195; M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011, 878 id., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico, Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980, 19 che problematizza la vicenda sostenendo che, e il punto verrà ripreso «le disposizioni sul risarcimento hanno questo di particolare: che esse sono norme sulla sanzione, sull'effetto giuridico […] e che, però, questo effetto è in esse determinato e descritto facendo riferimento all'effetto concreto della condotta sanzionata»: adotta il lessico della fattispecie e degli effetti anche De Cupis, *Il danno*, cit., che dedica l'intero secondo volume dell'opera a "gli effetti giuridici del danno"; Id., *il problema giuridico del* «quantum respondeatur», cit., 516 ss.; senza voler caricare il dato di troppi significati, parla di danno risarcibile come «effetto giuridico della regola di responsabilità» Castronovo, La nuova responsabilità civile, cit., 716. V. anche R. Scognamiglio, *Fatto illecito e fattispecie complessa*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, 331 ss.; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino,

o di un insieme di effetti»[14] e gli effetti sono, dunque, di converso, la reazione dell'ordinamento al completarsi della fattispecie.

Può però accadere che per la produzione di un effetto non basti quanto portato alla luce dalle fattispecie, vuoi perché un elemento deve essere in qualche modo specificato, vuoi perché vi è più di una soluzione sulla tipologia di effetto che la fattispecie produce, e pertanto, in tali casi, esistono norme, esclusivamente indirizzate al giudice, che permettono a quest'ultimo di intervenire direttamente sull'effetto, ossia indipendentemente dalla, già accertata, compresenza degli elementi della fattispecie.

La massima rappresentazione della distinzione ora compiuta, nella materia che ci occupa, pur non esaurendosi in ciò, è la comune distinzione tra il c.d. *an* della responsabilità e il c.d. *quantum* del risarcimento[15] – distinzione suggellata dall'art. 278 c.p.c. primo comma, che esplicitamente riconosce la duplicità di giudizi[16] – e il dato ineludibile che tale distinzione abbia preceduto l'introduzione nel diritto civile della dialettica fattispecie-effetti, può essere un buon lasciapassare all'idea che, al di là dei nomi e delle categorie concettuali, l'esigenza di distinguere per funzione norme comunque assieme volte alla concretizzazione della responsabilità, è esigenza reale, indifferente alla mera speculazione teorica che pure ha accompagnato, come un

---

1996, 99 ss.; G. Ferri Jr, *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, Riv. dir. comm., 1992, 776 ss. La distinzione è accolta anche da G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economica-giuridica*, trad. it., Milano, 1975, 261-262 dove il problema dell'«imputazione del costo» viene distinto dal problema, diverso, della «valutazione del costo». per ulteriore bibliografia si rinvia a P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino,1976, 454 nota 41.

[14] Così D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 3. v. anche, C. Maiorca, *Fatto giuridico- Fattispecie* (voce), Noviss.dig it., XVI, Torino, 1967, 111 ss.; A. Cataudella, *Fattispecie*, (voce), Enc. del dir., XVI, Milano, 1967, 926 ss.

[15] Sul punto v. tra gli altri P. Calamandrei, *La condanna «generica» ai danni*, Riv. dir. proc. civ., 1933, 360 ss.; D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1949, 59 ss.; Giusiana, *Il concetto di danno giuridico*, cit., 93 ss.

[16] Particolare contrarietà sul punto manifesta R. Pardolesi, *I rimedi*, Lezioni sul contratto, a cura di A. Orestano, Torino, 2009, 122, da cui estrapoliamo: «vi ricordo che, neppure troppo tempo fa (oggi questa tendenza è molto meno diffusa), la sentenza tipica si limitava a giudicare sull'esistenza della responsabilità, lasciando ad un separato giudizio la liquidazione delle conseguenze, con una sorta di cesura che appare retrospettivamente inaudita, giacché la mera affermazione *dell'an* lascia all'oscuro circa la consistenza della reazione all'inadempimento. Va da sé che rinviare la soluzione relativa al *quantum* lascia aperta una forbice che può di fatto vanificare la pronuncia sull' *an*. Ma […] siamo abituati – ed è una abitudine di cui dovremmo definitivamente liberarci – a ragionare prima e soprattutto in termini astratti di *entitlement* del ristoro, senza curarci del suo concreto spessore», riprenderemo a breve, nel testo, parte di questo virgolettato. V. anche R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 146. È poi da riportare la specificazione di C. Salvi, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 45, nota 11, secondo cui «è certo […] che il giudizio sull'*an* è distinto da quello sul *quantum*; ma l'*an* presuppone che il *quantum* vi sia. E infatti la provvisionale è ammissibili "nei limiti della quantità per cui [il giudice] ritiene già raggiunta la prova" (art. 278, 2°c., c.p.c.)». V. anche le considerazioni che furono al tempo svolte da G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1926, 262-263-264, nota 3. Cfr. sul punto anche le brevi considerazioni di C. Scognamiglio, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, Trattato della responsabilità contrattuale, III, dir. G. Visintini, Padova, 2009, 24.

sospetto, il sistema binario regole di fattispecie-regole di regole di risarcimento[17] o, in altre parole, la sedimentazione della distinzione tra *an* e *quantum* giustifica l'idea che «l'interprete è indotto a distinguere, nell'ambito delle *regulae iuris*, norme che hanno riguardo alla *fattispecie* della responsabilità e norme che invece ne stabiliscono le *conseguenze* o, come si dice, gli effetti»[18] ed «è bene pertanto scindere le questioni attinenti al danno subito dalla vittima da quella attinenti al risarcimento»[19]. Emblematico sul punto fu già Chironi a parere del quale il *fatto* produce la *responsabilità* e il *danno* produce il *risarcimento* e per quanto – ammetteva Chironi – senza danno non ci sarà responsabilità «ciò non è argomento valevole a scambiare due tempi, due periodi, che debbono rimanere distinti, se non si vuole ne scapiti la costruzione giuridica»[20] e la costruzione giuridica proposta – aggiungiamo qui – è quella fatta propria dal codice francese dove esplicitamente l'art. 1147, la norma della responsabilità per inadempimento, viene allocato nel capo dedicato agli "effetti delle obbligazioni", come d'altronde avveniva per l'art. 1218 del codice italiano del 1865[21].

Senza danno non ci sarà responsabilità, ripetiamo subito questo passaggio di Chironi per evidenziare un punto apparentemente problematico di quanto fin ora descritto, punto

---

[17] Per un ridimensionamento della distinzione v. M. Barcellona, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, Riv. crit. dir. priv., 2004, 223 ss., il quale è a priori contrario alla descrizione della fattispecie quale somma degli elementi di cui si compone, poiché tale nozione, definita dall'autore superata (ibidem, 225), «tralascia […] di considerare che essa [la fattispecie] è, innanzitutto, il veicolo di un principio regolativo e che, perciò, deve essere compresa, essenzialmente, in rapporto ad esso ed alla deliberazione di applicarlo ad uno spezzone determinato di complessità», Ibidem, 226. In conclusione dunque «la separazione di fattispecie ed effetti conduce ad autonomizzare la comprensione della fattispecie dal tipo di rimedio e a far evaporare la logica sistemica implicata nella positiva articolazione di tale rimedio, ossia conduce ad obliterare la funzione giuridica della responsabilità e le determinazioni che essa conferisce alla fattispecie aquiliana» (ibidem, 231). «Un'esemplificazione può risultare utile» scrive l'autore (ibidem, 226, nota 47) e l'esemplificazione riguarda la c.d. causalità giuridica e non consideriamo dunque un caso che di questa avremo ad interrogarci come uno degli elementi di difficile riconduzione del 1223 all'interno delle regole di responsabilità/regole di fattispecie.

[18] A. di Majo, *Tutela risarcitoria alla ricerca di una tipologia*, Riv. dir. civ., 2005, 245; Id., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 34 e dello stesso autore va anche segnalato il recente Id., *La responsabilità civile tra fattispecie e rimedi*, Liber amicorum per Angelo Luminoso, II, Milano, 2013, spec. 1048 dove si legge che una auspicata lettura "funzionale" degli istituti non possa che portare all'idea «che alla costruzione della stessa fattispecie contribuisce l'effetto che si intende stabilire e cioè la risposta dell'ordinamento. Il che equivale ad affermare che la fattispecie non è più guardata quale modello, statico e passivo, della situazione di fatto, così come esposta nella realtà fenomenica, bensì quale sintesi di elementi di fatto e giuridici, tali da giustificare l'effetto che ad essi consegue».

[19] Così P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto civile, diretto da R.Sacco, Torino, 1998, 312.

[20] G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale (aquiliana)*, Torino, 1887, 208.

[21] V. sul punto le considerazioni di C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?, Atti del convegno per il cinquantenario della rivista di diritto civile, Padova, 2006, 83. Cfr. anche A. Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 55.

che valse a Chironi la critica di Ferrini a giudizio del quale l'illecito[22] è figura «che ha solo ragione di essere in quanto designa una fonte di obbligazione» e, se così è, «l'elemento del danno entra necessariamente a costituirne la figura»[23]. Ciò che sostiene Ferrini è dunque che il danno, che pur andrà a dare contenuto all'oggetto dell'obbligazione di risarcimento, non è esterno rispetto alla fattispecie ma ne è un elemento, ed è possibile collocare sulla scia di Ferrini quella dottrina contemporanea secondo la quale «siamo abituati – ed è una abitudine di cui dovremmo definitivamente liberarci – a ragionare prima e soprattutto in termini astratti di *entitlement* del ristoro, senza curarci del suo concreto spessore»[24] ed un'ulteriore prova dell'interdipendenza tra *an* e *quantum* viene in rilievo dall'angolo visuale dell'incertezza poiché, è stato scritto, «v'è da chiedersi come possa definirsi certo un danno se del tutto incerta ne appare l'estensione [quantificazione]; la radicale incertezza sulla misura del danno sembra a volte riflettere,in realtà, una radicale incertezza circa la sua sostanziale esistenza»[25].

In questo quadro abbracciare una cerchiobottistica «autonomia relativa»[26] del danno dalla fattispecie appare una via obbligata, obbligata probabilmente dalla complessa sistematizzazione che trova la disciplina della responsabilità, sia da inadempimento, sia aquiliana.

Per ciò che riguarda la prima occorre tenere a mente che l'ordinamento all'inadempimento riconduce vari rimedi (effetti), l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione sono i principali, e rispetto a questi l'azione per il risarcimento del danno necessità di un elemento in più, ossia proprio il danno, che così descritto non potrà che considerarsi un elemento della fattispecie di responsabilità, fattispecie diversa dal semplice inadempimento, che, come visto, indipendentemente dal danno, alcuni effetti produce. Il quadro muta sensibilmente se invece già l'inadempimento (definitivo) viene considerato un danno, che certo andrà quantificato, ma che già è per così dire presente

[22] A dire il vero Ferrini nel frammento che si sta per riportare nel testo, utilizzando categorie giuridiche superate, al posto di illecito parla di quasi-delitto, ma per il fine che qui ci occupa questo quasi-delitto deve considerarsi sinonimo di responsabilità extracontrattuale.

[23] C. Ferrini, *Danni (azione di)*, Enc. giur., IV, 1911, 80. Sulla disputa tra Ferrini e Chironi cfr. anche la considerazioni di A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1917, 181 ss.

[24] Pardolesi, *I rimedi*, 122, l'intero passo da cui il virgolettato è tratto è presente sopra alla nota 16.

[25] Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 146.

[26] Così Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 100. Una certa commistione di piani viene rilevata anche da di Majo, *Profili della responsabilità civile*, cit., 34-35 secondo cui: «se in ordine al fatto/comportamento non può esservi dubbio che esso appartenga alla fattispecie, dubbi possono sussistere quanto alla nozione di danno, dai contorni indefiniti ed ove con facilità si è portati a trascorrere da elementi materiali (si pensi al concetto di danno reale o naturalistico) ad altri più propriamente giuridici (si pensi alla nozione di danno normativo). Di qui l'assunto che il danno con facilità può trascorrere e scendere dalla fattispecie all'effetto, costituito dall'obbligazione risarcitoria» (enfasi omessa).

nell'obbligazione rimasta inadempiuta, in questo secondo caso il risarcimento non è altro che una traduzione monetaria dell'azione di adempimento e ben può considerarsi, dunque, un effetto dell'inadempimento[27].

Più semplice sembrerebbe il discorso sulla responsabilità aquiliana, una responsabilità che nasce col danno e non ha interferenze dirette con altri istituti, ma tale semplicità è solo un'apparenza poiché anche in questa sede si è soliti distinguere – con risultati alterni – il presupposto e il contenuto della tutela, ossia la costruzione della fattispecie e la determinazione del risarcimento e l'apparente semplicità si trasforma nel suo contrario solo a porre attenzione al fatto che sia il presupposto, sia il contenuto della tutela, vengono definiti: danno[28], secondo molti: «il duplice uso del termine [danno] nell'art. 2043 evidenzia testualmente la duplice funzione del danno nel giudizio di responsabilità»[29] e, dunque, esistono due danni nel 2043, il danno ingiusto e il danno senza aggettivi, quest'ultimo è il contenuto dell'effetto della fattispecie, il primo è invece un elemento della fattispecie[30]. Tralasciamo un appunto per così dire filologico che invita a non trarre eccezionali ricadute strutturali da questa ripetizione, un appunto

[27] Torneremo diffusamente su questo punto nel capitolo 2 ed in particolar modo al secondo paragrafo di tale capitolo. Può comunque già qui evidenziarsi una certa correlazione tra quanto descritto e alla contraddizione che vede la permanenza di un vincolo obbligatorio (quello inadempiuto) modificato nell'oggetto (il risarcimento), contraddizione che ha fatto sorgere due punti di vista che si distinguono sul dare maggiore o minore rilevanza sul primo termine della contraddizione (il risarcimento sorge dall'obbligazione inadempiuta) o sul secondo (il risarcimento è diverso dall'obbligazione inadempiuta), e pertanto un'interpretazione vede nel risarcimento non una nuova obbligazione ma la medesima rimasta inadempiuta (Tra gli altri L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.; F. Piraino, Adempimento e responsabilità contrattuale, Napoli, 2011, 651 ss.; S. Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2014, 723 ss.), e un'altra interpretazione, specularmente contraria, vede nel risarcimento una nuova obbligazione rispetto a quella inadempita (Tra gli altri M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 177.).

[28] Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 154, nota 100. V. anche Navaretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 99, secondo la quale «occorre puntualizzare che la dialettica fattispecie ed effetto può essere diversamente intesa, a seconda della prospettiva di valutazione accolta. Se, infatti, si considera l'effetto ultimo della valutazione giuridica del fenomeno illecito da parte dell'ordinamento, ossia l'obbligo risarcitorio, è chiaro che il danno non possa qualificarsi come effetto, bensì come elemento del fatto produttivo o meglio della fonte dell'obbligo risarcitorio. Se, viceversa, la prospettiva di indagine viene incentrata sugli elementi costitutivi della fonte, allora il danno si presenta risultato del fatto illecito, ossia quale effetto della fattispecie complessa, che riceve una valutazione di rilevanza da parte dell'ordinamento giuridico».

[29] Così, Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 26, che problematizza ma difende la doppia funzione poiché «i due profili spesso si intrecciano; ma la distinzione non è labile, ove si consideri che la seconda fase presuppone già risolto il problema dell'imputazione, e concerne la determinazione degli eventi da porre a fondamento del calcolo del danno risarcibile» Ibidem, 49. Cfr., L. Bigazzi Geri, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, Riv. dir. crit. priv., 1996, 56; A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 74.

[30] cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 312 secondo il quale «con il termine "danno" ci si può […] riferire a due concetti differenti: a) da un lato con esso si designa la *perdita subita* da un soggetto; b) dall'altro con esso si intende *l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria*. Da un lato, cioè, il danno si pone come condizione *dell'an debeatur*, e perciò come elemento che deve essere allegato dall'attore in giudizio, mentre da un altro lato il danno va inteso come oggetto dell'obbligazione risarcitoria, ovvero in funzione del *quantum* imposto come risarcimento al convenuto soccombente». Corsivi in originale, a capo omessi.

che prende le mosse dall'essere presente, tale ripetizione, pur in assenza di danno ingiusto, anche nel progetto italo francese delle obbligazioni del 1927 che all'art. 74 disponeva: «Qualunque fatto colposo che cagioni danno ad altri obbliga colui che l'ha commesso a risarcire il danno», formula inelegante se comparata all'equivalente in francese della stessa norma: «Toute faute qui cause un dommage à autri oblige celui qui l'a commise à le rèparer». Tralasciamo quest'appunto e volgiamo l'attenzione all'ingiustizia del danno, ingiustizia che mira a qualificare il danno come giuridicamente rilevante e che consegna all'interprete un danno giuridificato: l'obbligazione risarcitoria presuppone la lesione di una situazione giuridica soggettiva[31]. Questa lesione, se pur delinea un danno che in assenza non sarebbe risarcibile, ben poco dice sul "peso" del danno, sul contenuto dell'obbligazione di risarcimento e ciò è indiscutibilmente un invito ad operare una cesura tra *an* e *quantum*, fattispecie ed effetti, ma – di contro – occorre anche considerare che nel piano del 2043 «non si dà danno che non sia ingiusto e reciprocamente l'ingiustizia non ha senso se non qualifica il danno»[32], ossia «l'*an* presuppone che il *quantum* vi sia»[33] e perciò il danno, in questa dimensione, appare come un presupposto ed una conseguenza della lesione – sottintendendo l'unione tra "nozione neturalistica" e "concetto giuridico" di danno[34] – evidenziando una stretta

[31] Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 112 ss.; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 147 ss.
[32] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 148.
[33] Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 45, nota 11.
[34] «Porsi rispetto al danno l'alternativa tra "nozione naturalistica" e "concetto giuridico" è semplicemente un non senso, a misura che il significato di qualsiasi concetto ricorra in una proposizione normativa non può che determinarsi in base alla funzione giuridica che in essa è chiamato a svolgere» così Barcellona, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari*, cit., 230; più in generale sulla concezione normativa v. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 227 ss. e D. Messinetti, *Danno giuridico* (voce), Enc. del dir., aggiornamento, I, Milano, 1997, 470 ss. secondo il quale (ibidem, 471) «in base al linguaggio ricavato dai semplici parametri normativi, i due profili (quello della giuridicizzazione degli interessi e quello della specificazione dei danni) vengono sovrapposti, nel senso che il secondo rimane ignorato o non spiegato» e lo stesso autore aggiunge poi (Ibidem, 482) che «la pretesa contrapposizione tra "danno normativo" e "danno materiale" […] di per sé non dimostra di avere alcuna persuasività, nella misura in cui ogni danno non può non essere normativo nel suo fondamento generico e, d'altra parte, ogni effetto del danno riguarda necessariamente un contesto materiale». Cfr. sul punto anche Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 116 ss. e 664, nota 455 e Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 10 ss. È da segnalare anche la ragionata esposizione delle concezioni di danno compiuta da A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica, Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 158 ss. esposizione preceduta però dal denunciato rischio cui conduce un eccesso di schematizzazione nel confronto tra le varie teorie poiché «non solo, talora, tesi inquadrate sotto diversi *nomina* registrano tra loro significativi punti di contatto ed interferenza, ma talora – e di converso – tesi raggruppate sotto la medesima "etichetta" si differenziano in modo considerevole» (Ibidem, 157) ed a riprova D'Adda riporta la diversa collocazione che di Majo (*La tutela civile dei diritti*, qui citata nell'edizione del 2001, 210) e Salvi (*Il danno extracontrattuale*, cit., 24, nota 4) assegnano ad H.A. Fischer, dal primo collocato nella concezione reale di danno, dal secondo collocato nella teoria della differenzazione. È comunque Salvi a descrivere efficacemente la promiscuità tra le varie concezioni: «i sostenitori della teoria patrimoniale non negano che la risarcibilità del danno presuppone altresì un giudizio di disvalore; e le teorie normative non sempre prescindono dalla rilevanza, per così dire, quantitativa del fenomeno, pur tendendo a respingerla

interdipendenza tra fattispecie ed effetti che «concorrono circolarmente e ad egual titolo a determinare il senso di un dispositivo normativo» e se così è, non si può che dichiarare l'«assoluta insensatezza di quella dommatica che propone di distinguere tra il danno di cui parla l'art. 2043 ed il danno cui si riferisce l'art. 2056 sulla considerazione che il primo attiene alla fattispecie ed il secondo agli effetti»[35].

Ciò non toglie che esistono norme che si occupano solo di risarcimento, disinteressandosi d'una già accertata responsabilità. Tra queste il più rappresentativo è l'art. 1226 che dà per presupposto che il risarcimento ci sarà, ossia dà per scontato che la fattispecie è completa di tutti i suoi elementi, ma gli effetti necessitano di una specificazione e pertanto viene dato al giudice lo strumento, ossia il giudizio equitativo-discrezionale nella determinazione di un danno[36], la cui natura è sussidiaria e non sostitutiva dell'elemento della fattispecie[37] e nella stessa orbita può iscriversi l'art 2057 sui danni permanenti. Segnaliamo che entrambe queste norme parlano espressamente di *liquidazione* e ciò può avvalorare l'idea che le "fasi" di trasformazione della responsabilità in risarcimento non siano due, determinazione e quantificazione, ma tre, ossia alle due appena citate occorre aggiungere anche la terza fase, per l'appunto, la fase di liquidazione[38].

---

in una fase successiva e autonoma del giudizio di responsabilità. D'altra parte, le teorie normative, in quanto fondate sull'alterazione o soppressione del bene (giuridico), non sono prive di contatto con le teorie c.d. naturalistiche (che pongono in primo piano la lesione del bene materiale)» così Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 25, nota 9.

[35] Entrambi i virgolettati sono di Barcellona, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., 223.

[36] V. C.M. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979, 388 ss. spec. 393 dove può leggersi che «la valutazione equitativa esige la prova dell'esistenza del danno e che l'incertezza dev'essere limitata alla determinazione della sua *precisa* entità», corsivo in originale, note omesse; cfr. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 58; di Majo, *Profili della responsabilità civile*, cit., 36; P. Rescigno, *Valutazione equitativa: profili comuni*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di Visintini, Milano, 1984, 81 ss.; Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 890; G. Grisi, *La liquidazione equitativa del danno*, Foro it., 2011, I, 2030 ss. spec. nota 17 e Id. *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, Contratto e imp., 2014, 1177 a cui si rinvia per ulteriore giurisprudenza sul punto (Ibidem, 1177, nota 26); cfr. anche V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 69; Franzoni, *Fatti illeciti*, cit., 876 ss.; A. De Cupis, *Dei fatti illeciti*, Delle obbligazioni art. 1992-2059, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1957, 349 ss.; Id., *Il danno*, cit., 525 ss.

[37] Cfr., Cass., 8 luglio 2014, n. 15478, banca dati De Jure, citata anche da Grisi, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, cit., 1177, note 25 e 26 il quale successivamente riporta anche che l'equità «c.d. 'integrativa' o 'suppletiva': l'equità, cioè, intesa non quale principio che si sostituisce alla norma di diritto nel caso concreto, ma quale principio che completa la norma giuridica» Ibidem, 1183.

[38] Ritiene che le fasi siano tre: determinazione, quantificazione e liquidazione, Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 28-29. Secondo l'autore la determinazione è l'isolamento delle conseguenze negative, la quantificazione è la stima economica di queste e la liquidazione è il «calcolo della somma di denaro *effettivamente* dovuta a titolo di risarcimento», cosa che fa intuire la possibile non concordanza tra la quantificazione e la liquidazione, non concordanza che avverrà per l'azione di alcune, solo alcune, quelle norme che a breve saranno definite di risarcimento (1226, 1227, primo comma) e del calcolo degli

Proseguendo una ricognizione sommaria di norme passiamo alla disposizione sul punto più problematica, l'art. 1223, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo, ma di cui fin da ora può ipotizzarsi una riconduzione alle regole di risarcimento[39], poiché disinteressandosi di ciò che viene prima, ossia ciò che imprecisamente possiamo definire il "fatto" fonte di responsabilità – l'inadempimento dell'obbligazione o l'atto illecito – si limita a fissare il contenuto del risarcimento «…che deve comprendere…», come recita la norma[40] ed opera per tanto «solo in presenza di una fattispecie di responsabilità già integrata nei suoi elementi costitutivi»[41].

L'articolo 1227 viene generalmente scomposto nei suoi due commi[42], al primo viene assegnata la funzione di regola di fattispecie «perché esclude dall'accollare al debitore quella parte di danno cagionato dalla colpa del creditore»[43] e al secondo la funzione di regola di risarcimento poiché idonea a condizionare solo il *quantum* del risarcimento[44],

---

interessi, riferendosi gli art. 1223, 1225 e 1227 secondo comma alla determinazione. L'idea ci sembra riprendere un vecchio spunto di Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, cit., 59 secondo il quale «dopo quello della determinazione del danno risarcibile, viene il problema della sua liquidazione» intesa come precisazione di quanto dovuto a titolo di risarcimento. Uno spunto della distinzione ora proposta è poi rinvenibile già il R. Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, Firenze, 1922, 8 ss. e in Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 386, secondo il quale dopo l'imputazione (generica) d'un danno «restano […] alla giustizia le due ultime indagini: quale è il danno? quale il risarcimento dovuto?». Qualcosa di analogo è in De Cupis, *Il danno*, cit., 291 ss. secondo il quale le regole di stima/misura del danno vanno tenute distinte dalle regole che riguardano la determinazione del danno poiché «si tratta di due operazioni distinte, così come sono operazioni distinte il fissare l'estensione di un campo nei limiti di una certa linea di confine, e il darne misura» e proprio a sottolineare tale distinzione De Cupis dedica il secondo capitolo del suo studio, proprio alla "misura del contenuto del danno". Da ultimo ritiene vada «assecondata la sollecitazione a tener distinti i momenti, collocabili in successione, della "determinazione", della "stima" (o "quantificazione") e della "liquidazione" del danno oggetto di risarcimento» Grisi, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, cit., 1171.

[39] Di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, 290; Id., *Profili della responsabilità civile*, cit., 36, G. Grisi, *sub art. 1223*, Commentario del codice civile, Delle obbligazioni, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2013, 160, cfr. anche L. Mengoni, *Autonomia negoziale e responsabilità civile negli scritti di Renato Scognamiglio*, Riv. dir. priv., 1997, 111 il quale scrive «l'art. 2043 fissa la fattispecie. cioè il fondamento, del diritto al risarcimento per la lesione di un interesse (patrimoniale o non patrimoniale) tutelato, ma non indica la misura del risarcimento. La misura è data dall'art. 1223 cod. civ. in ordine alle conseguenze dannose di natura economica, mentre è tuttora aperta la questione dell'aggancio normativo della disciplina delle perdite non economicamente valutabili, diverse dal danno morale, conseguenti a una lesione sanzionata dall'art. 2043».

[40] In altre parole «attiene più propriamente a ciò che dovrà figurare quale oggetto del risarcimento e con ciò dando già per presupposto che l'evento per cui si è dichiarati responsabili (e cioè il danno "ingiusto") va imputato alla sfera del danneggiante», di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 262

[41] Così C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 225; cfr. in particolare per il danno contrattuale Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 90.

[42] Cfr. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 237-238; di Majo, *Profili della responsabilità civile*, cit., 36-37.

[43] Così di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 190; Id., *Profili della responsabilità civile*, cit., 37.

[44] V. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 254 e di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 246: «quanto al concorso del fatto colposo del creditore, ove al creditore si sostituisca il danneggiante, si potrà osservare che anche questa è una regola sul *risarcimento*, giacché il fatto colposo del danneggiante non riguarda la causazione materiale del fatto lesivo quanto il danno risarcibile che ne consegue e ciò nella misura in cui la colpa di esso ha contribuito a cagionarlo». Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 884 secondo cui il secondo comma dell'art. 1227 risente di una doppia interpretazione che in generale

ma non è mancato chi, in tempi recenti, ha proposto una rilettura del 1227 volta a evidenziare la funzione risarcitoria anche del primo comma della norma, poiché questo sembra presupporre un danno già accertato, il cui *quantum*, come può testualmente leggersi nella norma, andrà *diminuito*[45].

L'articolo 2059 è stato forse, un tempo, regola di fattispecie. Lo è stato quando veniva descritto integrato nel sistema duale 2043-2059 ossia quando veniva letto in sostituzione del 2043. La stretta dipendenza dall'art. 185 c.p. rendeva d'altronde superfluo il riscontro degli elementi prescritti dall'art. 2043, tutti grossomodo già presenti nella fattispecie di reato o integrati dal fatto stesso che la produzione di un determinato evento venisse qualificato come reato. Venuto meno l'ancoraggio al reato ed apertosi il sistema alla luce delle varie letture costituzionalmente orientare l'articolo 2059 non è più stato letto come alternativo all'art. 2043, ma come alternativo al 1223[46] e se questo è una regola di risarcimento, lo sarà anche il 2059[47].

L'art 2058 sembra proprio una regola di risarcimento «giacché ne stabilis[ce] una possibile modalità di realizzazione»[48], ma se si accoglie l'idea che il danno a cui si riferisce il 2058 non è lo stesso danno risarcibile *ex* 2043, ossia se quest'ultimo richiama il danno differenziale laddove il primo un danno in senso materiale[49], bene potrà ammettersene una valenza in punto di fattispecie[50].

---

riguarda i criteri di determinazione del danno e «sul piano funzionale pure a questo proposito si registra la consueta alternativa tra orientamenti prevalentemente causalistici, che nella irrisarcibilità del danno evitabile indicano la conferma del criterio della interruzione del nesso eziologico, e prospettive più accentuatamente equitative, che in tale norma ravvisano, ora una manifestazione del dovere di correttezza, ora una manifestazione del principio di autoresponsabilità».

[45] G. Grisi, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, I contratti, 2010, 617.

[46] V. sul punto Castronovo, *Danno biologico, un itinerario di diritto giurisprudenziale*, cit., 194 ss., dove può leggersi che «l'art. 2043 e l'art. 2059 non si trovano sullo stesso piano normativo, non sono cioè due fattispecie di responsabilità riguardanti l'una il danno patrimoniale l'altra quello non patrimoniale. L'art. 2043 è infatti disciplina di una fattispecie di responsabilità completa di tutti i suoi elementi, mentre l'art. 2059 si appunta su un solo elemento della fattispecie, quel danno conseguente alla lesione che non sia suscettibile di valutazione economica, prevedendone un risarcimento limitato ad ipotesi tipiche. L'art. 2059 non è il *pendant* dell'art. 2043 bensì dell'art. 1223», sottolineiamo incidentalmente che Castronovo definisce "elemento della fattispecie" il danno risultante dal 1223 cosa che porta a ricondurre quest'ultimo, non alle regole di risarcimento, come è stato fatto sopra, ma alla regole di risarcimento. Salvo ciò simile appare l'opinione di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 296 secondo il quale «l'art. 2059, se non regola di fattispecie (come l'art. 2043) è regola quantomeno *di risarcimento*, destinata *a limitare* la risarcibilità del danno non patrimoniale. Il problema attiene dunque alle "conseguenze" del danno, pur dovendosi, questo, già definire "ingiusto" ai sensi dell'art. 2043» Cfr. anche per la definizione del 2019 quale regola di disciplina P. Ziviz, *La sindrome del vampiro*, Giur. it., 2007, 113 ss.

[47] Cfr. Castronovo, *Danno biologico, un itinerario di diritto giurisprudenziale*, cit., 247.

[48] Di Majo, *Profili della responsabilità civile*, cit., 37, cfr. anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 822.

[49] Rinviamo per una più puntuale analisi dell'art. 2058 al capitolo 3, paragrafo 3.5.

[50] Cfr. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 35 ss.; Id., *Il risarcimento in forma specifica*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, I, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 591 dove Salvi scrive: «non è

1.3.1. L'art. 1223 tra concezione eziologica e concezione valutativa.

Riprendiamo ora l'art. 1223, sia per evidenziare come questo, o meglio le diverse interpretazioni che di questo possono darsi, intervengono sul sistema fattispecie/effetti, sia per iniziare a stringere la visuale del discorso sul lucro cessante.

Rileviamo fin da subito una certa ambiguità su cosa questo 1223 disciplini: la valutazione del danno o un collegamento causale. I due termini non sembrano in alcun modo sovrapponibili e come scriveva Realmonte: «l'esatta individuazione degli elementi del fatto dannoso tra i quali la legge richiede che intercorra il legame causale […] consente di evitare che il rapporto di causalità sia confuso con quello della valutazione del danno risarcibile»[51].

Affrontiamo il 1223 affrontando la c.d. teoria del doppio nesso di causalità, che più d'un collegamento sembra avere con la distinzione tra regole di risarcimento e regole di responsabilità[52], a cominciare dal vedere – proprio nel 1223 – un qualcosa che a mo' d'appendice si attacca ad un qual cos'altro di già concluso: la fattispecie, nell'ottica responsabilità/risarcimento, il «"fatto fonte di responsabilità" o fatto, delle cui conseguenze si deve rispondere» secondo Gorla[53] – che della teoria del doppio nesso è considerato il capostipite – e non è un caso, dunque, che entrambe le ricostruzioni possano condividere un indice di riscontro comparatistico nella distinzione formatasi

---

possibile una piena comprensione dell'art. 2058, se non si intende come il rimedio in questione è volto a reagire, e a riparare, non al danno come differenza patrimoniale negativa, ma al danno in senso materiale e concreto, come alterazione del bene fisico». Cfr., anche, D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, 126 ss. Opinione fortemente contraria a questo sdoppiamento del danno esprime Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 820 ss. che arriva ad ipotizzare (ibidem, 824) una questione di legittimità *ex* art 3 cost dell'art 2058 «il quale si configurerebbe come norma portante una obbligazione risarcitoria di contenuto economico diverso, che ad arbitrio del danneggiato potrebbe esporre il responsabile ad un costo del risarcimento superiore al costo di quello per equivalente».

[51] F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 41. Cfr. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 47 ss.

[52] Le due ricostruzioni divengono una, ad esempio in Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 225-226, lo stesso autore già in Id., *Il danno extracontrattuale*, cit., 27, nota 17 indicava che «la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenze […] non si identifica con la duplice funzione del danno […come presupposto e come contenuto del risarcimento]; anche se […] tra i due profili vi è di certo un nesso». Cfr. anche Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 102 che pone la distinzione tra danno e danno ingiusto – o meglio tra danno evento e danno conseguenza – a stretto ridosso del fatto che «identificare il danno con l'evento equivarrebbe […] a rendere impossibile l'accertamento del doppio nesso di causalità».

[53] G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, Riv. dir. comm., 1951, 409. Cfr. anche Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 225; Id., *Il danno extracontrattuale*, cit., 49.

nella dottrina tedesca, sulla scia di Mommsen[54], tra Haftungsbegrüdendete Kausalität e Haftungsausfüllende[55].

La teoria del doppio nesso ritiene che il 1223 è la regola operazionale con cui è possibile rendere giuridicamente rilevanti le conseguenze (definite: danno conseguenza) d'un evento già imputato al danneggiante (definito: danno evento)[56], regola operazionale che poggia comunque sulla causalità, definita "giuridica" per distinguerla da quella "di fatto" o "materiale" con cui si descrive il collegamento tra condotta ed evento[57]. Il danno (specifichiamo ancora: conseguenza) è perciò un evento, materialmente inteso, ulteriore rispetto al fatto illecito, quest'ultimo viene così

[54] Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, cit., 138-139.

[55] Bibliografia sul tema in Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 14 nota 28, tratta la teoria del doppio nesso in ottica comparatistica M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Berna, 2012, 29 ss.

[56] Cfr. il punto di vista critico di M. Barcellona, *Diritto sistema e senso, Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 123 ss.

[57] Nota terminologica: la distinzione tra causalità giuridica e materiale (o naturale, o di fatto), è precedente alla teoria del doppio nesso e, dunque, era già stata usata utilizzata con altre finalità al giorno d'oggi non abbandonate. Già nel 1897 N. Coviello (nota a Cass. Napoli, 20 ottobre 1896, Giur.it, 1897, I, I, c. 23 ss) utilizzò la "causalità giuridica" per indicare la questione di diritto «che riguarda la giusta estensione e i limiti naturali del principio di causalità» (Ibidem, c. 29). In altre parole, sosteneva Coviello, la causalità naturale andava distinta dalla causalità giuridica poiché quest'ultima era (ed è) funzionalizzata agli scopi del diritto. Un riferimento alla "causa giuridica" vi è anche in un (precedente di un anno rispetto a Coviello) scritto di Tommaso Mosca, che però sembrerebbe, dopo una corretta impostazione, deviare la "causa giuridica" sul fronte della certezza probatoria nell'accertamento del nesso causale (T. Mosca, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896, 30). Anche Polacco parla di una "causa giuridica" dichiarando di riferirsi a Mosca, ma sostanzialmente posizionandosi sul significato che al termine diede Coviello (Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 590). La distinzione così creatasi a cavallo tra l'ottocento e il novecento – che può anche, forse, considerasi l'antecedente storico di ciò che poi prese il nome di causalità adeguata – era (ed è) il riconoscimento dell'indiscutibile substrato pregiuridico della causalità (sul cui punto si rinvia a Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 8 ss.; Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 25 nota 47; ed anche, sebbene nel diritto penale la questione assuma caratteristiche sue proprie: Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (rist), Torino, 1960, 14 ss.). Tale distinzione aveva (e ha) il pregio di assegnare al termine "giuridico", in contrapposizione al non giuridico, il suo corretto significato, ossia: giuridicamente determinato in contrapposizione a quanto viene regolato da norme extragiuridiche (le leggi scientifiche) cfr. Belvedere, *Causalità giurica?*, cit.,16. Utilizzano in tale accezione la dicotomia anche, tra gli altri, De Cupis, *Il danno*, cit., 114, Trimarchi, *Causalità e danno*, cit.,100 ss., G. Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, Riv. dir. civ, 2001, 409 ss., Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., spec.,263 ss. Assegnare, come fa la teoria del doppio nesso, il termine "materiale" e il termine "giuridico" a due anelli causali cronologicamente susseguenti lascerebbe far pensare che il primo di questi anelli, al contrario del secondo, non debba passare per le "maglie del diritto", bastando dunque una mera consequenzialità (materiale, per l'appunto) tra due eventi. Quanto detto è probabilmente falso giacché per la rilevazione del primo nesso è pacifico si debba tener conto degli artt. 40 e 41 c.p., che lungi dal considerare la causalità naturalisticamente intesa, intervengono operando una selezione di eventi su (non chiari, va detto) parametri prettamente giuridici (cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 182; M. Capecchi, *Il nesso di causalità, Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova,2005; e per la giurisprudenza si segnala Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in Corr. giur., 2006, 257; contra: Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit.,177 ss.), e, dunque, entrambi i termini, nella teoria del doppio nesso «esprimono in realtà criteri normativi di qualificazione», così Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 227 e di conseguenza «le espressioni causalità di fatto e causalità di diritto hanno perso ogni riferimento semantico alla assenza o presenza di una disciplina (limitazione) giuridica della causalità», così Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit.,16.

composto dalla condotta e l'evento lesivo che rende quella condotta rimproverabile, estromettendo il danno che viene presentato come una conseguenza – ripetiamo: causale in senso proprio – del fatto illecito[58].

È tutt'altro che pacifico, però, il riconoscimento di questa valenza eziologica del 1223[59]. Occorre infatti considerare che, come anticipato, esistono due interpretazioni di questo danno conseguenza, che poi altro non potrebbero essere che due diverse ricostruzioni della struttura della responsabilità civile, extracontrattuale in particolare[60], poiché per danno conseguenza può intendersi, nel senso che è stato inteso[61], sia un evento – com'è nella teoria del doppio nesso – ossia un qualcosa di materialmente percepibile, sia la *valutazione* d'un evento, e non, dunque, l'evento stesso; e qui è bene riportare ancora Realmonte a parere del quale «il danno non è né la morte di una persona, né la distruzione di una cosa, ma è un'entità distinta dalle modificazioni del mondo esteriore, e consiste nel pregiudizio economico risentito dal patrimonio di determinato soggetto»[62]

---

[58] Gorla divideva il "fatto" dalle "conseguenze", laddove il primo verrebbe oggi definito "la condotta" comprensiva dell'evento. Premettendo che anche il fatto si compone di eventi (*Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit., 410), nella responsabilità per colpa «il "fatto" viene esteso fino all'evento che secondo un dato grado di diligenza o prevedibilità, si doveva evitare. La colpa dell'agente è il criterio di unificazione» Ibidem, 412. Ciò che consegue al fatto risponde invece ad un'altra regola di aggregazione (Ibidem, 415) col fatto, diversa dalla colpa (o meglio: prevedibilità) e che poggia sul dimostrato intento di non gravare eccessivamente il danneggiante poiché, e il punto è inconvertibile: «*Agire è sempre un rischio*; e, se il soggetto ne dovesse sopportare *tutte* le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuriero o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione. Ne potrebbe nascere una società di *statici* padri di famiglia» Ibidem, 407.
Se perciò il primo evento della condotta viene unito all'ultimo tassello del fatto dalla prevedibilità – continua Gorla – ulteriori eventi vengono imputati «in modo *oggettivo*, purché la causalità rientri nella normalità (causalità ordinaria)». Può sorgere il dubbio che prevedibilità e causalità ordinaria siano due modi di definire una medesima regola (Ibidem, 417-418), diviene dunque necessario per Gorla dare particolare rilievo al momento cui il giudizio di prevedibilità va collegato: «dell'ordinarietà delle conseguenze si deve giudicare *con riguardo al momento in cui si verifica l'evento o, meglio, il danno*, e non con riguardo al momento in cui il soggetto agì o incominciò ad agire; non, quindi, con riguardo a ciò che, come ordinario, il soggetto poteva prevedere nel momento dell'azione (il solo momento, rispetto al quale si può parlare di prevedibilità)» Ibidem, 418 e della stessa opinione sembrano di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 246 e Franzoni, *Il danno alla persona*, cit., 496.

[59] Cfr. Salvi, *La responsabilità civile*, cit.,223 secondo il quale «della principale norma dettata in materia dal Codice civile, l'art. 1223 […] si dubita persino se attenga effettivamente al nesso causale, o non piuttosto alla determinazione del *quantum* del risarcimento». V., anche, Id, *Il danno extracontrattuale*, cit., 50 ss.

[60] Cfr. Barcellona, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, cit., 7 nota 4.

[61] A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, Riv. dir. civ., 2006, 11 s., e sul punto v. anche la nota successiva.

[62] V. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 81 e cfr. Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 19 secondo il quale «le riflessioni di Realmonte possono senz'altro essere condivise». In senso analogo cfr. M. Rümelin, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, 1964, 21; F. Carnelutti, *Perseverare diabolicum*, Foro it., 1952, IV, 99; P. Schlesinger, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, Jus, 1960, 364; P. Trimarchi, *Condizione* sine qua non, *causalità alternativa ipotetica e danno*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, 1431 ss.; Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 469 che introduce il suo studio scrivendo: «il concetto di danno si riferisce ad un valore di ricchezza che non è presente all'interno del patrimonio di un soggetto, assunto quale dato oggettivo in una data sequenza temporale. Questa prospettiva, orientata sulla individuazione di un fenomeno negativo, scaturisce dal raffronto in termini aritmetici tra la rappresentazione degli elementi costitutivi del patrimonio in una data situazione e quella degli stessi

e, questo pregiudizio «non è una ulteriore conseguenza causata dal perimento dell'oggetto, ma una valutazione giuridica dell'evento naturalistico»[63], anche perché, come da altri è stato sottolineato in tempi recenti «la relazione causale necessaria al giudizio di responsabilità si può instaurare […] soltanto tra gli elementi naturalistici di una fattispecie»[64].

Cercando di semplificare quanto descritto, la bivalenza ora enucleata può considerarsi sottesa e sintetizzabile nell'utilizzare il termine "conseguenza" sia per descrivere l'operatività d'una valutazione economica, sia per descrivere l'operatività d'una valutazione causale: Tizio rompe a Caio il vaso X dal valore di dieci e come *conseguenza* Caio si è impoverito di dieci; Tizio urta il vaso X che cadendo sul piede di Caio – come *conseguenza* – determina la frattura dell'alluce di quest'ultimo[65]. La prima frase utilizza il termine conseguenza come valutazione di un evento e dunque «il riferimento non è a fatti bensì a valori»[66], la seconda frase utilizza lo stesso termine per descrivere qualcosa di profondamente diverso, ossia il collegamento causale in senso proprio[67].

Esistono perciò due definizioni incompatibili di danno conseguenza, due definizioni che sembrano convivere nel c.d. diritto vivente[68], e ciò non può che ingenerare una certa

---

elementi considerati in una situazione successiva» ; cfr., anche Pucella, *La causalità« incerta»*, cit., 220; Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 88; Id, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595; cfr., anche Bigazzi Geri, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, cit., 56 che formula una precisazione analoga a quella formulata nel testo «per fornire qualche ulteriore precisazione ed evitare, soprattutto, che mi si imputasse l'accoglimento della distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza» (Ibidem, 59, in conclusione della nota bibliografica); Ferri jr., Danno extracontrattuale e valori di mercato, cit., 786 ss. cfr. Mazzamuto, Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale, cit., 782 ss. È da segnalare che quest'impostazione può farsi risalire alla *lex aquilia* come evidenziò a suo tempo Ferrini, *Danni (azione di)*, cit., 27.

[63] Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 83.

[64] così Castronovo, *Danno biologico, un itinerario di diritto giurisprudenziale*, cit., 209 e di recente v. Id., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 217 ss.

[65] Cfr. Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 19

[66] Per usare le parole di Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 88. Cfr. sul punto Ferri jr, *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 786.

[67] Cfr. Belvedere, *Causalità giuridica?*, 18 nota 55, secondo il quale «la diversità dei problemi che si pongono con riguardo al collegamento tra eventi, rispetto a quelli relativi alla misurazione della dannosità di ciascun evento, rende inutile e fuorviante l'uso di una medesima nozione, e suggerisce invece di riservare al primo ambito un discorso in termini di causalità».

[68] Per dimostrare la vitalità della doppia interpretazione ora proposta basta tenere a mente la disciplina del danno non patrimoniale per come è andata formandosi in particolar modo grazie ai noti arresti della Corte costituzionale del '86 (Corte cost., 14 luglio 1986, Foro it., I, 2054 con nota di G. Ponzanelli; Nuov. giur. civ. comm., 1986, 547 con nota di G.Alpa) e del '94 (Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, Foro it., 1994, I, 3297, con nota di G.Ponzanelli; Giust. civ., 1994, 3029, con nota di F.D Busnelli; Resp. civ. prev., 1995, 281 con nota di G.Giannini; Nuov. giur. civ. comm., 1995, 406, con nota di P. Ziviz) e la Sezioni unite del 2008 (Cass. s.u., 11 novembre, 2008, n. 26972/3/4/5, queste sentenze sono state pubblicate e commentate in (quasi) tutte le riviste. La mole dei commenti ha spinto alle stampe de *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, da cui sono rimasti fuori i commenti "a freddo", per i quali si rinvia a G.Grisi, *Il danno (di tipo)*

confusione nell'interprete, confusione da alcuni posta a stretto ridosso di una disciplina legislativa «ambigua e insufficiente»[69] in dipendenza della quale, è stato scritto, si è formato «un consenso unanime circa la necessità di svalutare il dato legislativo»[70] svalutazione, in alternativa alla quale «occorre dunque prendere atto di una sorta di strabismo dell'art. 1223, che con un occhio considera eventuali sequenze di eventi dannosi, e con l'altro analizza la dannosità del singolo evento»[71]. Eppure il rapporto tra causalità e quantificazione descrivibile come giudizio di valore non sembra una prerogativa, un problema, della sola scienza giuridica – e ciò dovrebbe permettere di 'discolpare' il 1223 – come sembra poter dimostrare Weber laddove sostiene che, come stiamo facendo noi in queste pagine, «l'analisi causale non fornisce assolutamente alcun giudizio di valore, ed un giudizio di valore non è assolutamente una spiegazione causale. E proprio perciò la valutazione di un processo – ad esempio della "bellezza" di un processo naturale – si muove in una sfera distinta da quella della sua spiegazione causale»[72].

---

esistenziale, Eur. dir. priv, 2009, 380, nt.2).. Il danno non patrimoniale specificamente biologico è danno conseguenza nel momento in cui un evento naturalistico viene tradotto nei valori d'invalidità in rapporto all'età, e dunque inquadrato delle note tabelle. Che una lesione della salute abbia come conseguenza una determinata percentuale d'invalidità non risponde ad una logica causale in senso proprio ma sottende esclusivamente una valutazione in "altri termini" di un determinato evento. E questo è il motivo per cui la corte costituzionale del '86 definisce il danno biologico danno evento. Alla "penna penalistica" dell'estensore sarà forse sembrato un controsenso definire conseguenza ciò che non è tale dal punto di vista fenomenico (Parla di "difficoltà di considerare tale danno alla stregua di un danno-conseguenza" di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 232). Il danno non patrimoniale non biologico, ossia il vecchio danno morale, è invece danno conseguenza nel momento in cui ad un evento, ad esempio la morte di un congiunto, consegue un altro evento, ossia ad esempio le ripercussioni soggettive nel parente superstite, che il primo evento ha prodotto, prodotto in senso causale. Che questa è l'interpretazione da darsi, è testimoniato dalla funzione che a tale danno conseguenza viene assegnata dalla Corte costituzionale del '94, ripresa e resa più esplicita dalle sezioni unite del 2008, ossia fornire un filtro "di serietà" alla pretesa risarcitoria, filtro che non sarebbe tale se concretizzato in una mera valutazione "in altri termini" e filtro non necessario nel danno biologico, poiché in questo, la materialità della lesione è un limite ontologico alle pretese, venga scusato il gioco di parole, pretestuose. Esistono due significati di danno conseguenza, dunque[68]. Due significati che, a quanto pare, convivono, ed uno spunto in tal senso può rinvenirsi anche in D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, Enc. dir. XXXIII, Milano, 1983, 393 ss. dove – come in luce da Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 154 nota 100 – al termine "danno" vengono consegnati due significati diversi, grossomodo sovrapponibili a quelli qui enucleati.

[69] Così, Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 223 a cui aggiungiamo quanto scritto da Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 3, a parere del quale «il linguaggio per così dire allusivo, certamente utilizzato dal legislatore [nell'art. 1223] viene di solito tradotto in termini e predicati la vaghezza semantica dei quali non è di sicuro inferiore».

[70] Così, Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 118.

[71] Così, Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit. 17.

[72] M.Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 156, citato anche da Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 86 nota 77.

1.3.2. (segue) la demistificazione dell'argomento causale.

Un ultimo appunto deve infine essere riservato a questa «spiegazione causale», solo per evidenziare una recente presa di coscienza di parte della dottrina volta alla demistificazione di quest'elemento, ontologicamente inidoneo a fornire indici concreti di regolazione per via d'un limite intrinseco al discorso eziologico probabile conseguenza della natura deduttiva del suo accertamento su cui a breve torneremo, demistificazione che vuole porre in rilievo l'utilizzo del nesso di causalità, per lo meno da parte della giurisprudenza, come argomentazione "per le vie brevi" d'un qualcosa che risponde ad una logica, operante ma celata dietro la «metafora causale»[73]: «ciò che appare chiaro» scrive ad esempio un autore «è che vari concetti di causalità vengono spesso usati in modo superficiale e strumentale per giustificare criteri di allocazione di responsabilità che rispondono a finalità di politica del diritto» poiché, gli fa eco un altro autore, «qualora dietro alla decisione vi sia una *ratio decidenti* differente da quella espressa, il nesso di causalità è l'elemento sul quale è più agevole intervenire per negare la sussistenza della responsabilità. In altri termini, qualora un giudice intuitivamente ritenga ingiusto attribuire una responsabilità al danneggiante troverà più agevole motivare ritenendo inesistente il nesso di causalità che non gli altri elementi della fattispecie»[74] e lo stesso deve dirsi per l'ipotesi contraria che vede un giudice intuitivamente determinato ad attribuire una responsabilità. Conclude un'altra dottrina: il nesso di causalità «assunto ad elemento tecnico il cui impiego sembra sottrarsi – in prima analisi – ad ogni operazione di politica del diritto […] si rivela invece schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate»[75] manifestazione – aggiungiamo qui – del noto «causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes» con cui mezzo secolo fa Hart e Honorè[76] descrissero il sorprende effettivo funzionamento del nesso eziologico, strettamente connesso con la precomprensione e il "senso del giusto" del singolo giudice[77].

Le formule in cui si incardina e con cui si estrinseca il nesso causale, d'altronde, sono già un buon indice di quanto descritto poiché «non è chi non veda come quelli di

[73] Di cui dottrina e giurisprudenza sono ancora prigioniere secondo Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 887.
[74] Capecchi, *Il nesso di causalità*, cit., 278.
[75] G. Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 1592 che prosegue il frammento scrivendo: «non è raro, infatti, riscontrare nella prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela attuata mediante il ricorso alla nozione di causalità».
[76] H.L.A. Hart e T. Honorè, *Causation in the law*, Oxford, 1985 (la prima edizione è del 1959), 465.
[77] Lo rilevano F.D Busnelli – S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 31.

regolarità, tipicità, eccezionalità, ecc. siano tutti concetti equivalenti, soprattutto concetti che si equivalgono quanto alle indicazioni operative che da essi è possibile ricavare: praticamente nessuna»[78] e sembra iniziare ad assumere consistenza l'opinione che vede in questa causalità una clausola generale[79], clausola generale che, però, a tacer d'argomenti più tecnici, potrebbe atteggiarsi a rinuncia preventiva dell'emersione di ciò che è nascosto dietro la causalità, che poi diviene, se è convincente quanto finora argomentato, ciò che è nascosto dietro la sentenza, il cui obbligo di motivazione, a questo punto, diverrebbe nient'altro che un'ipocrita formalità.

Basta ciò per diffidare di qualsiasi concezione eziologica e cercare nella concezione valutativa risposte a domande che solo tramite quest'ultima possono porsi. Saremo più chiari quando avremo ad occuparci del lucro cessante extracontrattuale[80], ma fin d'ora proponiamo il seguente frammento che può leggersi in una delle più lucide ricostruzioni del concetto di danno recentemente proposte: «la rappresentazione causale è in realtà una di quelle operazioni che appartengono al linguaggio indiretto, nel senso che si attribuisce come risultato dell'applicazione del principio ciò che invece la ragione includente ed escludente rivela essere la conseguenza di una relazione diversa. Questa diversa realtà è rappresentata dalla "finitizzazione" rigida dei confini tra razionalità dello scambio, collegata ai valori di scambio, e razionalità del *neminem laedere*, collegata ai valori d'uso»[81]. Cercheremo di mettere a frutto queste parole.

---

[78] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 14 e segnaliamo qui che qualcosa di analogo fu al tempo messo in evidenza da Giusiana, *Il concetto di danno giuridico*, cit., 77 con queste parole: «spiegare, come comunemente si fa, la irrisarcibilità dei cosidetti danni indiretti, di cui all'art. 1223 cod. civ., con l'affermazione che, ad un certo punto, nella serie degli eventi successivi al fatto illecito, i conseguenti non sono più legati da un vincolo di *dipendenza necessaria* con l'antecedente illecito, bensì ne dipendono solo *occasionalmente*, significa compiere una tautologia. Occorre, infatti, dimostrare per quale ragione, a un certo momento, dal necessario si passa all'occasionale: quale sia, cioè, il criterio in base a cui opera questa scissione nella serie continua dei fatti. Il criterio di discrminazione non si può porre di certo nella peculiarità del contenuto dei vari fatti che si succedono; poiché quei fatti, considerati *ex post*, ossia dopo il loro accadimento, sono ugualmente necessari: sono accaduti così, perché dovevano accadere» (note e a capo omessi).

[79] Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 7, nota 5; Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 140 e Grisi, *Sub. Art. 1223*, cit., 164.

[80] Capitolo 3, spec. par 5.1 ss.

[81] Così, Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 497.

1.4.1. Il lucro cessante tra concezione eziologica e concezione valutativa e il problema della prevedibilità del lucro cessante extracontrattuale.

Lasciando da parte quest'ultima questione incentrata sulla causalità, evidenziamo che quanto finora descritto si ripercuote sul lucro cessante che essendo un danno conseguenza – forse l'unico vero danno conseguenza[82] – può presentarsi, a seconda che si abbracci la concezione valutativa o eziologica del 1223, o come la quantificazione d'un evento o come un evento da quantificare.

Sottintende la concezione eziologica chiunque definisce il lucro cessante un danno mediato o un danno futuro poiché tale definizione presuppone che il lucro cessante è un evento, un evento che si riconduce alla condotta del danneggiante per il tramite d'un evento mediano che l'ha preceduto[83]. Sappiamo che a mente del 1223 il lucro cessante è risarcibile solo se consiste in una «conseguenza immediata e diretta» della lesione, la concezione eziologica del lucro cessante costringe al riscontrare, nella norma, un'aporia[84].

---

[82] Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595 e Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 778.

[83] V. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 13 nota 26, secondo il quale «i guadagni non percepiti per il mancato uso del bene patrimoniale distrutto […] consistono nella valutazione economica non della distruzione del bene […] ma di un ulteriore evento da essa distinto«.V. anche L. Mengoni, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, Temi, 1946, 566 ss., ed ora in Scritti, II, Obbligazioni e negozio, Milano, 2011, 3 ss, spec. 26: «… non bisogna dimenticare […] che oltre al valore della perdita effettiva (*danno emergente*), direttamente determinata dall'inadempimento definitivo […] va risarcito, a norma dell'art. 1223, anche quel danno mediato, caratterizzato per una consequenzialità diretta dal danno emergente, che è il *lucro cessante*». Tale frammento sottintende l'adesione alla teoria di D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, cit., 52 ss. (citato da Mengoni alla nota 57, seppur nella precedente edizione D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Milano, 1946, I, 703). Ci sembra propendere per questa soluzione anche N. Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, Riv. dir. civ., 2010, 255-256; Id., *Il problema dei debiti di valore*, cit., 182 laddove scrive che «in caso di lucro cessante il danno si concretizza soltanto nel momento in cui si sarebbe dovuto conseguire il guadagno e risulta ormai certo (o meglio altamente probabile) che lo stesso non potrà più essere ottenuto» ma occorre precisare che lo stesso autore scrive poi del lucro come un'aspettativa di guadagno già entrata nel patrimonio del danneggiato che «contribuisce senz'altro a quantificare il valore dell'utilità perduta a causa dell'evento dannoso». Superfluo è indicare una bibliografia in cui si identifica il lucro cessante col danno futuro, praticamente tutti coloro che si sono occupati del tema hanno ceduto al parallelismo, rileviamo qui solo che definendo il lucro cessante un danno futuro, automaticamente, si disconosce la concezione valoriale di tale voce di danno, poiché in tal caso il lucro cessante sarebbe sempre immediato rispetto alla lesione.

[84] Scriveva già Gabba, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, cit., 178: «… anche il lucro cessante è un effetto non immediato né diretto del fatto dannoso, positivo o negativo da cui proviene […e perciò] si comprende subito come a ragione la scienza odierna ripudi la espressione *conseguenze immediate e dirette*, adoperata nel codice civile francese e nell'italiano». Cfr. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 52 secondo il quale «la stessa legge, ammettendo la risarcibilità del "lucro cessante", incrina il rigore della consequenzialità diretta e immediata del danno risarcibile». V. anche P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 5,

Abbraccia la concezione valutativa, invece, chiunque ritiene che il lucro cessante «non è conseguenza della lesione ma il significato economico di essa»[85], ed in tal senso il lucro producibile da un bene viene presentato non come un evento ma come una quantificazione.

Entrambe le ricostruzioni appaiono astrattamente ammissibili, com'è astrattamente ammissibile considerare il mancato concerto del violinista cui un passante ha colposamente rotto un braccio, sia un evento propriamente inteso, sia una quantificazione del valore del bene leso[86].

---

[85] Così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595 che in nota rimanda a Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 85 il quale, però, a ben vedere nella pagina riportata non definisce il lucro cessante un valore ma si limita a distanziare, come noi prima in queste pagine, il concetto di giudizio causale dal giudizio di valore, senza specificare espressamente che il lucro cessante è integrato in questo secondo insieme. Sempre Realmonte (ibidem, 91) definisce poi i mancati guadagni come pregiudizi «i quali si presentano di regola non solo concettualmente, ma anche cronologicamente distinti dall'evento naturalistico», così sottintendendo che il lucro cessante – contrariamente a quanto ritiene Castronovo – non è una valutazione dell'evento, ma un qualcosa di differente poiché (Ibidem, 92) «non costituisce una valutazione sul piano economico dell'accadimento naturale». È doveroso comunque specificare che secondo Realmonte (Ibidem, 92) «i mancati guadagni, pur non costituendo una valutazione economica dell'accadimento naturale, non sono ad esso causalmente riconducibili» poiché «risolvendosi nei vantaggi che il danneggiato avrebbe ottenuto qualora fosse stata compiuta una determinata azione, esprime la portata economica del non compimento dell'azione […] Anche simili pregiudizi altro non sono che mere qualificazioni economiche di determinate situazioni» ma qui, è bene segnalare che il ragionamento di Realmonte può lasciare spazio a fraintendimenti poiché se è pur vero che il lucro cessante è danno e come tale – per lo meno nella concezione di Realmonte – valutazione e non evento è altrettanto vero che l'evento (o meglio non evento) che produce il lucro cessante è distinto dall'evento che produce il danno emergente cui il lucro cessante si ricollega in senso prettamente causale, e pertanto non può sostenersi che i mancati guadagni siano estranei al collegamento eziologico con l'accadimento naturalistico "di partenza" e traccia di quanto ora sostenuto può trovarsi anche nello stesso Realmonte (Ibidem, 93-94) laddove scrive che «se un soggetto agisce in giudizio e chiede, ad esempio, il risarcimento dei guadagni non conseguiti per la mancata utilizzazione della propria autovettura distrutta in un incendio, l'accoglimento della domanda presuppone, tra l'altro, che sia accertata l'esistenza del rapporto di causalità tra il non uso della vettura, la sua distruzione e una azione od omissione del convenuto» e proprio il non uso della vettura è l'evento in più, oltre alla sua distruzione, che concretizza l'evento del lucro cessante, che in quanto evento andrà poi quantificato.

[86] Una terza via propone un lucro cessante che si atteggia a volte come evento altre volte come quantificazione, Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 20. L'impossibilità di noleggiare un automezzo danneggiato da un terzo, con conseguente perdita del corrispettivo del noleggio è – secondo l'autore – una mera quantificazione poiché, si chiede: «cosa c'è da verificare, una volta data la prova del danneggiamento? Non è manifesto che danneggiamento e inidoneità dell'automezzo all'uso sono la stessa cosa?» diverso è invece il caso in cui, per il medesimo danneggiamento, il danneggiato non possa portare un vaso di valore ad un esposizione, con conseguente perdita del corrispettivo concordato, in questo caso, la mancata esposizione «costituisce un evento distinto e successivo rispetto al danneggiamento dell'automezzo». Non ci pare di poter accogliere tale conclusione, rinviando parte della confutazione a quando descriveremo il lucro cessante in termini di valore (capitolo 3, paragrafo 5 ss.), ci limitiamo a introdurre il sospetto che nell'esempio del mancato noleggio, per dirla con l'autore, "qualcosa da verificare c'è", per l'appunto, ad esempio, che quell'automezzo venisse effettivamente adibito a noleggio. Il fatto che il giorno dopo, due giorni dopo, o tutto il mese seguente l'automezzo sarebbe stato noleggiato è definibile evento, così come è definibile evento – e su questo concordiamo con l'autore – il fatto che il giorno dopo, due giorni dopo, o tutto il mese seguente, il vaso di valore sarebbe stato esposto in un'esibizione. Bisogna poi fare attenzione al caso in cui dal danneggiamento derivino perdite intimamente connesse alla cosa danneggiata, poiché forse proprio a queste l'autore intendeva riferirsi (anche Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 785 sembra interpretare in tal modo il ragionamento riportato scrivendo in merito di un «lucro cessante altamente probabile perché correlato in maniera intima alla prestazione»), in questi casi però – come vedremo (capitolo tre, paragrafo

Una possibile critica della definizione del lucro cessante come evento poggia sul riscontro che il lucro cessante – o meglio l'evento da cui nasce il lucro cessante, ossia per intenderci, il mancato concerto e dunque né la controprestazione che il violinista avrebbe ricevuto, che del lucro è la quantificazione, né l'incidente/rottura del braccio, che è l'evento 'mediano' – a ben vedere, non è un evento materialmente visibile nel mondo fenomenico, ma si presenta come un qualcosa che sarebbe dovuto accadere e non è accaduto: un *non-evento*, dunque, o forse meglio: un evento negativo[87] e – è stato scritto – «rispetto ad un evento che non si è verificato, e che giammai si verificherà, non si può porre un problema causale in senso proprio, o come è stato detto, non si può formulare sub specie causale la norma limitativa del risarcimento»[88]. Quest'argomento non appare del tutto convincente. Impostiamo una critica evidenziando lo stretto legame che, da questo punto di vista, collega il lucro cessante e la c.d. condotta omissiva, anche quest'ultima infatti si presenta come un non-evento, anche quest'ultima rappresenta un qualcosa che sarebbe dovuto accadere ma che non è accaduto. La c.d. teoria normativa dell'omissione[89] ha come presupposto proprio l'impossibilità di un collegamento causale tra non-eventi[90] e tale teoria, sviluppata soprattutto dalla dottrina penalistica, è già stata criticata da chi, convincentemente a nostro parere, muove i suoi argomenti dal presupposto che il collegamento eziologico «non è altro che una forma della nostra conoscenza, un modo particolare con cui la mente umana collega i dati dell'esperienza tra loro»[91] e nulla osta a che l'esperienza induca a ritenere collegato un non-evento ad

---

3.5.2.) – la perdita subita viene generalmente introiettata nel valore di scambio del bene divenendo perciò, da lucro cessante che sarebbe potuto essere, un danno emergente. Non esiste perciò un lucro cessante estrinseco, che chiamerebbe una regola causale, contrapposto ad un lucro cessante intrinseco, che si risolve in una mera quantificazione.

[87] Realmonte, *Responsabilità da inadempimento*, cit., 649. La definizione di evento negativo può poi forse suggerire un parallelismo con la definizione di "danno negativo" con cui un tempo poteva trovarsi definito il lucro cessante, V. Polaccco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma 1915, 578; Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 22.

[88] Così V. Carbone, *Nesso di causalità e criteri di valutazione del danno contrattuale*, Il rapporto obbligatorio, Diritto civile, dir. N. Lipari e P. Rescigno, V. III, t. 1, Milano, 2009, 720 e forse della stessa idea è Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 89, dove viene dato particolare peso alla descrizione dell'inadempimento come non-evento.

[89] Sul tema v. in particolare F. Grispigni, *L'omissione nel diritto penale*, Riv. it. dir. pen. 1934 16 ss. Recente riscontro di tale concezione sembra pure essere rappresentato dalla sentenza della cassazione civile, 20 settembre 2006, n. 20328, NNGCC, 2007, 486 ss., con nota di M.Capecchi, secondo la quale «il rilievo causale dell'omissione […] a differenza di quello del fatto commissivo, non può avvenire soltanto su base naturalistica, cioè della constatazione che una condotta è mancata, ma suppone necessariamente un giudizio normativo, che, appunto, deve seguire quello naturalistico ed evidenziare che la condotta non verificatasi (il fatto mancante) era dovuta specificamente o genericamente dal soggetto cui viene addebitata la responsabilità». Cfr. anche gli studi penalistici sul tema compiuti da G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obbiettiva della fattispecie*, Milano, 1983 e M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio"*, Riv. it. dir.proc. pen., 1999, 32 ss.

[90] Come rileva Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 66.

[91] Realmonte *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 74.

un qual cos'altro, come è scontato ritenere che non annaffiando una pianta ad agosto, la pianta morirà. In altre parole, se già il collegamento causale tra fatti positivi non è nient'altro che l'applicazione di una deduzione – poiché com'è stato tanto banalmente quanto brillantemente sintetizzato: «nessuno ha mai visto o percepito un nesso causale»[92] – è sicuramente possibile applicare la medesima deduzione anche a quel collegamento causale in cui uno o più termini si presentano come non-eventi poiché «anche rispetto agli eventi negativi cioè, al pari delle modificazioni del mondo esteriore, è logicamente corretta l'indagine rivolta a individuare i fattori che hanno svolto efficacia sul piano causale»[93] e quanto ora sostenuto è stato recentemente ribadito da quell'autore secondo il quale «la diversità di natura dell'accertamento causale a seconda che l'illecito si concreti in un'azione o in un'omissione [viene cancellata a favore del] comune metodo di ricostruzione della relazione eziologica, fondato, in entrambi i casi, su un giudizio contro fattuale volto alla sussunzione dell'evento sotto leggi scientifiche»[94]. Nulla di ontologico, dunque, impedisce al lucro cessante di poter essere considerato un evento[95].

La prospettiva sembra, però, mutare sensibilmente se dal piano della causalità ci si sposta al piano della prevedibilità del danno. Forniamo una premessa minima sulla prevedibilità, in particolare sul ruolo della prevedibilità nella responsabilità extracontrattuale, non sul concetto stesso in sé già problematico[96], ma sul quadro normativo apparentemente insensato, compresso com'è compresso, sia dal mancato

[92] Così M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, Riv. crit. dir. priv., 2006, 113, dove la sintesi riportata viene così introdotta: «il rapporta di causalità non è affatto un accadimento empirico in qualche modo assimilabile agli altri accadimenti che entrano a comporre la causa e l'effetto: ciò che si percepisce nel contatto con il mondo degli accadimenti empirici sono il fatto X e il fatto Y».

[93] Così, Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 94.

[94] Così Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 222, il quale ci tiene poi comunque a marcare «la differenza strutturale tra le due diverse tipologie di costruzione della relazione eziologica». Dello stessa opinione del frammento riportato nel testo è M. Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, Eur. dir. priv., 2011, 960 secondo il quale «tanto nella c.d. causalità dell'azione che nella c.d. causalità dell'omissione lo strumento del giudizio causale è lo stesso, una c.d. "legge di copertura" atta ad implementare il nesso logico di condizionalità, e cioè quale che sia lo statuto epistemologico dell'una e dell'altro».

[95] Ed anzi proprio dalla riconduzione del lucro cessante agli eventi è possibile enucleare un elemento specificante di questo rispetto al danno emergente, anche quest'ultimo infatti assumerebbe le sembianze di lucro cessante se solo si considerasse come danno l'impossibilità di vendere il bene andato distrutto, ma se ciò fosse vero sarebbe necessario per il danneggiato provare la volontà di vendere il bene, che ben può considerarsi la prova di un evento – la vendita, o meglio la mancata vendita – diverso dall'evento distruzione. Questo ragionamento viene svolto, con altri fini, anche da Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 126 ss.

[96] Al punto da far dire ad una autorevole dottrina anglosassone, L. Green, *Foreseability in Negligence Law*, Columbia L.R., 1961, 1421, che la prevedibilità altro non è che un argomento retorico assolutamente inidoneo a fornire indici concreti. Tale giudizio può sovrapporsi al già citato frammento di Hart e Honorè, *Causation in the low*, cit. 465, secondo i quali «causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes», e ciò viene detto anche al fine di palesare la vicinanza (o confusione) tra causalità e prevedibilità, di cui a breve nel testo.

rinvio dell'art. 2056 al 1225, che sembrerebbe escludere la sussistenza del requisito 'prevedibilità' nell'emersione della responsabilità extracontrattuale[97], sia dell'ontologica unione tra prevedibilità e colpa[98], che sembrerebbe dunque includere, per altra via, questo requisito nella determinazione del danno aquiliano[99]. Per motivi che specificheremo questa seconda via ci appare più plausibile[100] e segnaliamo poi, a maggior riprova della sussistenza del requisito nella disciplina extracontrattuale, che laddove la regola della prevedibilità deve considerarsi, come pare, svincolata dalle concrete conoscenze del soggetto che agisce, tale regola si risolve di fatto nella – diversa ma uguale – c.d. causalità adeguata, da molti ritenuta operante in sede aquiliana[101], concretizzandosi entrambe in una valutazione *ex ante* dell'idoneità di determinate premesse alla produzione di alcune conseguenze[102].

---

[97] Corroborato da quanto sul punto rivela la Relazione al codice civile, ossia che «se l'inadempimento è colposo non debbono essere risarciti i danni imprevedibili: invece, se il fatto illecito 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», Codice civile, relazione del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943, n.801, 544.

[98] Cfr. Gabba, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, cit., 182-183: Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminare*, cit., 210, che scrive: «la tradizionale formulazione, per cui la colpa implica una negligenza o, in altre parole, una omissione di diligenza o di un grado di diligenza, non disegna un diverso requisito, ma si risolve nel concetto di prevedibilità». V. anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 593; F. Criscuolo, *La risarcibilità dei danni imprevedibili: tra nesso di causalità e quantificazione del pregiudizio*, Studi in onore di Nicolò Lipari, Milano, 2008, 640.

[99] Supportata per altro dalla funzione (tutt'altro che pacifica) preventiva di questa come rilevato in generale sul punto dall'analisi economica del diritto cfr. G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attidudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, trad. ita. con il titolo, *Il dono dello spirito maligno*, 1996, Milano, 92; id., *Concerning Causae and the Law of Torts*, Univ. Chi. L. Rew, 1975, 69 ss.; Landes- Posner, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, J. Legal Stud., 1983, 110 ss.; Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, J. Legal Stud., 1980, 463 ss.; Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, cit., 137 ss.

[100] V. Capitolo 2, paragrafo 1, dove si argomenterà in merito alle scarse ricadute sistematiche, in tema di prevedibilità, del mancato rinvio al 1225 dalla disciplina aquiliana ed aggiungiamo qui l'opinione di chi ha scritto: «che nella responsabilità aquiliana il danno debba essere risarcito per intero, oltre la prevedibilità [riferita alla condotta] sembra un assunto compatibile soltanto con una concezione sanzionatoria della responsabilità aquiliana, laddove una visione corretta nella chiave anzitutto della funzione preventiva fa ritenere ragionevole risarcire soltanto quello che non si è evitato e si sarebbe potuto evitare poiché prevedibile», così, Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 94 e il ragionamento viene sviluppato dallo stesso autore anche in *La nuova responsabilità civile*, cit., 593 ss. che aggiunge a quanto già riportato quanto segue: «dire dunque che si risponde anche per l'evento imprevedibile significa da un lato andare oltre il principio di colpevolezza […] dall'altro approdare ad una visione sanzionatoria della responsabilità civile, e ulteriormente a una sanzione che, proprio nel momento in cui fa riferimento a fatti che l'agente non ha potuto né prevedere né accettare, con riguardo ad essi finisce con il coincidere con la figura che in diritto penale viene detta *versari in re illicita*, per la quale si fa responsabile l'agente per tutti i fatti causalmente derivanti dalla sua azione, e dunque in base ad una qualificazione meramente causale, una volta che la condotta all'origine della catena causale sia qualificata dal criterio d'imputazione». Cfr. anche Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 82 ss.

[101] Sostiene ad esempio Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 374 che «ricondotto […] il requisito della prevedibilità del danno ad un limite di normalità del danno medesimo, deve constatarsi questo fatto: che il limite viene concretamente riposto anche nel tema della responsabilità extracontrattuale sotto il profilo di un criterio d'individuazione del danno diretto e immediato, e precisamente sotto il criterio della regolarità causale»; cfr. le analoghe opinioni espresse da S. Patti, *Danno patrimoniale*, Dig. disc. priv., V, Torino, 1989, 102. L'assimilazione tra prevedibilità adeguata e prevedibilità, secondo Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 199 mette «in crisi

Il punto problematico è il seguente: premesso che il lucro cessante extracontrattuale, salvo il caso di dolo specifico, non può non essere un danno imprevedibile poiché è imprevedibile un determinato uso che un passante di un bene farà – come è imprevedibile se la persona che sto per investire con la mia guida sconsiderata è un grande violinista o un disoccupato – come si può coniugare la risarcibilità del lucro cessante con la prevedibilità del danno extracontrattuale?

È così che torna utile la definizione di lucro cessante come quantificazione, cosa che chiaramente presuppone che il giudizio di prevedibilità non abbia ad oggetto quest'ultima, premessa questa da tempo discussa ma tutto sommato accolta[103],

---

il combinato disposto degli artt. 1225 e 2056 c.c.» poiché «nonostante l'omesso richiamo all'art. 1225 c.c., anche la responsabilità aquiliana, a mezzo della causalità adeguata conoscerebbe il limite di prevedibilità del danno». V. anche Pucella, *La causalità «incerta »*, cit., 275 che riporta la sentenza Cass. 19 gennaio 1999, n. 475 secondo cui «si deve […] rilevare che il criterio della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c. coincide tendenzialmente con quello della regolarità causale». V. anche F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione ancora attuale?*, Riv. crit. dir. priv.,1987, 87. Cfr. anche quanto sul tema della prevedibilità scrive Barcellona, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, cit., 161 ss. spec. 167 e sul rapporto tra causalità e prevedibilità v, anche Id, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 150, nota 83.

[102] Significativamente *tranchant* sul punto L. Bellini, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 c.c.*, Riv. dir. comm., 1954, 372 secondo il quale nonostante l'ipotetica diversità dei giudizi tra causalità e prevedibilità, il primo astrattamente *ex post* ed il secondo altrettanto astrattamente *ex ante*, «non dobbiamo […] badare alla prevedibilità che deve "applicare" l'agente, ma al giudizio che il giudice sarà chiamato a fare in ordine alla prevedibilità» e la conclusione è dunque che «anche la prevedibilità si accerta, si misura e si ricerca *ex post*, come la regolarità». Spunti, tra gli altri, in G. Valcavi, *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*, Foro it., 1990, I, 1950 ss.

[103] Ricordiamo che Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 600, già si domandava – sulla scia della più nota dottrina francese (Scrissero la loro sul tema, tra gli altri: Aubery e Rau, Macardé, Duvergier, Troplong, Duranton e Demolombe. Per una bibliografia sul punto si rinvia a Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 188-189) – se il criterio della prevedibilità come tecnica di delimitazione del danno risarcibile dovesse applicarsi alla qualità o anche alla quantità del danno. Qualità e quantità del danno sottintendono la stessa distinzione proposta sopra tra quantificazione e causalità nella determinazione del danno, come dimostra anche il fatto che Giorgi, *Teorie delle obbligazioni*, II, cit., 188, allo stesso tempo di Polacco, al posto di "qualità" preferiva parlare di "causa". Più in generale segnaliamo che Polacco per prevedibilità intendeva un «aberrante», secondo lo stesso autore, prevedibilità soggettiva (prevista espressamente come tecnica di delimitazione del danno per i soli contratti *ex* art. 1229 cod. abr.), che proprio in quanto aberrante andava ristretta il più possibile, ossia non andava applicata per analogia ai fatti illeciti. Su posizione analoghe a Polacco, sempre per quel che riguarda la dottrina formatasi sotto il codice del 1865, v. G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 580 ss.; L. Coviello Jr., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1934,105 ss., per l'opinione contraria v. G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze 1924, 187 ss., il quale – segnaliamo incidentalmente – definisce la disputa «grave controversia sorta da breve tempo nella dottrina»; la questione mette le sue radici nella diversa risoluzione che al problema diedero Molineo prima e Pothier poi per la quale si rinvia a Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*,cit., 571 spec. nota 2, e a quanto diremo a breve al capitolo 2, paragrafo 1. La disputa non può dirsi totalmente sopita dinnanzi al nuovo codice come emergerà diffusamente nel corso dello studio, per il momento, e solo per dimostrare l'attualità del problema per lo meno sul fronte contrattuale, rinviamo a di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 188, dove l'autore si chiede «se sia sufficiente che la prevedibilità abbia riguardo alla causa del danno o in altri termini al tipo o genere di esso o se sia necessario che essa abbia riguardo invece *alla sua concreta estensione*», l'autore preferisce tale seconda via avvertendo però che «i confini tra il tipo e/o forma di danno e la sua estensione (quantitativa) appaiono mobili».

nonostante una certa interpretazione di Calabresi, peraltro non portata alle sue estreme conseguenze neanche dallo stesso autore[104].

Intendiamo dunque sostenere che a favore dell'espulsione del lucro cessante dal mondo degli eventi milita una scelta opportunistica che sembrerebbe non riconnettersi ad una qualche natura del lucro cessante stesso, ma si pone in rapporto ad un'altra questione, apparentemente lontana, ossia cosa debba e cosa non debba essere oggetto del giudizio di prevedibilità e possiamo aggiungere che tale *fictio* che trasforma un evento in quantificazione potrebbe trovare proprio nell'espressa risarcibilità del lucro cessante – ed in particolare in quel considerarlo un danno immediato dall'art. 1223 – il suo fondamento normativo; ma in quest'ordine d'idee, però, per arrivare a tale risultato, non

[104] A voler sintetizzare il pensiero di Calabresi in *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., per i fini che qui ci occupano, cominciamo col porre la dimensione per così dire sociale dei danni come pietra angolare del ragionamento, cosa che induce alla centralità nel calcolo del costo collettivo degli incidenti, non solo del valore del danno, qualunque cosa questo possa voler dire, ma anche dei costi di prevenzione/precauzione che, in effetti, rappresentano una perdita economica per la società, indipendente dal verificarsi del danno («la sicurezza costa!» ribadisce Calabresi in Id. *Il dono dello spirito maligno*, cit., 20). Se i costi di precauzione sono maggiori dei costi del danno, o dei danni, che tale precauzione voleva scongiurare, il sistema è inefficiente poiché il sovrappiù di tutela, in un certo senso sprecata, è una perdita secca d'utilità, ben investibile altrove (cfr. sul punto il quadro problematico delineato da E. Baffi, *Responsabilità extracontrattuale: il livello eccessivo di precauzioni*, Danno e resp., 2012, 1147 ss.). L'importanza del punto in cui le spese di prevenzione possono considerarsi giustificate – nel quadro descritto da Calabresi (ma cfr. anche S.Shavel, *Economic Analysis of Accident Law, Cambridge*, 1987, 10 ss.) – impone la valutabilità *ex ante* delle ripercussioni dell'operato potenzialmente dannoso, poiché, alternativamente, il soggetto non potrebbe mai sapere a priori qual è il giusto livello d'investimento in precauzione e l'indicazione sembra recepita da quella dottrina nostrana che vuole il c.d. danno conseguenza prevedibile per essere risarcito, poiché «per definizione ciò che non è prevedibile non può essere oggetto di comparazione rispetto al costo della misura idonea ad evitarlo, onde renderlo oggetto di risarcimento viola la logica stessa della responsabilità per colpa» (Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 594, v. anche 821 nota 56 e 829 dove viene ribadito il modello di «una regola di responsabilità che esige la calcolabilità previa del costo del danno»). Il punto critico è però che, inevitabilmente, come evidenziato nel testo, il lucro cessante extracontrattuale è un danno imprevedibile per il danneggiante e in questi casi, direbbe Calabresi, «intervengono […] troppe differenze al di fuori della situazione infortunistica perché si possa dare una valutazione precisa del rischio degli infortuni» (*Il costo degli incidenti e la responsabilità civile*, cit., 273). Eppure lo spunto è fruttuoso ed è lo stesso Calabresi a valorizzarlo introducendo nel suo sistema coerente un ulteriore argomento, che in realtà è l'argomento centrale dello studio: il soggetto che riconosce ad un bene un valore superiore rispetto al valore che la collettività al bene stesso assegna – e gli esempi possono essere il lucro cessante e il prezzo d'affezione – è il soggetto più idoneo nello scoprire qual è il giusto livello di precauzione per evitare il danneggiamento (Ibidem, 292, ma anche Id., *Il dono dello spirito maligno*, cit., 96) e, dunque, l'orologio regalato allo stesso Calabresi dalla cara zia Amnesia (Id., *Il dono dello spirito maligno*, cit., 95), non sarà risarcito oltre il valore di mercato poiché ben avrebbe potuto, Calabresi, prestarci più attenzione, cosa che in definitiva si risolve nel non portare l'orologio al polso, ma lasciarlo a casa (Id., *Il dono dello spirito maligno*, cit., 95-96-97). Inquadrando l'esempio nel quadro normativo nostrano potremo dire che nel portare al polso l'orologio vi è – solo per la parte di valore che non rispecchia il valore di scambio – un accettazione del rischio al verificarsi del danno valutabile come concorso di colpa *ex* 1227. Ragionando così anche in tema di lucro cessante, saremmo portati a considerare il grande violinista che cammina per strada, mettendo così a rischio la sua «mano molto costosa», una persona che concorre all'incedente che potrebbe capitargli, ma Calabresi non giunge a tale conclusione poiché questa determinerebbe un allontanamento dalla società di un individuo che per il solo fatto di essere un gran violinista sarebbe costretto, come l'orologio di zia Amnesia, a restare a casa e questo striderebbe con «il nostro desiderio di mantenere una piena partecipazione alla società da parte di tutti i suoi componenti» (Id. *Il dono dello spirito maligno*, cit., 97), non sembra perciò che Calabresi consideri, a priori, non risarcibile un danno imprevedibile.

è necessario abbracciare la *fictio* suddetta poiché la medesima logica da eccezione alla regola ben potrebbe applicarsi direttamente al lucro inteso come evento, cosa che peraltro potrebbe anche suggerire una *ratio* alla determinazione equitativa che *ex* 2056 secondo comma accompagna il lucro cessante extracontrattuale, ossia: la risarcibilità aquiliana del lucro cessante è un'eccezione poiché l'evento da cui sorge è imprevedibile, ma tale eccezione, proprio in quanto eccezione, deve essere moderatamente applicata dal giudice[105].

L'unica alternativa all'eccezione alla regola sembrerebbe passare dalla generalizzazione di quanto avviene per il lucro cessante anche ad un danno emergente che segue ad un altro danno emergente, il primo prevedibile il secondo no, ed è tutt'altro che peregrino pensare che l'idea di Gorla sul doppio nesso di causalità – ossia raggruppare alcuni eventi sotto la nascita del criterio d'imputazione, ed altri sotto le conseguenze di ciò che è stato imputato – nasca proprio in tale solco, come dimostra l'ampio ricorso ad esempi riguardanti il lucro cessante nella strutturazione della sua argomentazione e in chi l'ha successivamente raccolta[106].

1.4.2. (segue) «i valori danno significato a fatti, di cui riflettono la connessione causale». Rinvio.

Un altro modo d'affrontare il problema sembra però ammissibile, ed il punto di partenza riguarda il concetto di valore. Accennando qui superficialmente un argomento che tratteremo diffusamente, possiamo anticipare che il valore (specifichiamo: valore d'uso, ossia quanto sono disposto a pagare per un bene) non è altro che un'attualizzazione di utilità future e se compro una torta ora per mangiarla dopo, il valore che al momento dell'acquisto do alla torta, è il valore che attribuisco al mangiarla dopo. L'uso (mangiare) tramite la sua traduzione in quantità di moneta detemporalizza l'evento cui l'acquisto mira, perché di evento in senso tecnico può parlarsi, e se dunque l'atto illecito del terzo mi impedirà di mangiare la torta a rilevare potrà essere – e la scelta non produrrà alcuna conseguenza – o il mancato evento successivo (mangiare la torta) o la

[105] Criticheremo quest'interpretazione del 2056 secondo comma al capitolo 2, in chiusura del paragrafo 4 utilizzando argomenti sviluppati nello stesso capitolo al paragrafo 2.

[106] Gorla, *Sulla cosidetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze,* cit., 418, e spec. nota 19; la centralità del lucro cessante per la teoria del doppio nesso è messa in rilievo anche da Carbone, *Nesso di causalità e criteri di valutazione del danno contrattuale*, cit.,719 e U. Breccia, *Le obbligazioni*, Tratt. Iudica-Patti, Milano, 1991, 643.

vanificazione dell'evento precedente (inutile acquisto della torta) confermando così che la traduzione in valore consegna una doppia dimensione del concetto di uso, quella concretamente temporale *dell'uso* e quella astrattamente atemporale del *valore d'uso*, dinamica che ci porta a condividere senza riserve quanto recentemente affermato da una dottrina particolarmente impegnata nell'argomentare sulla concezione valutativa del 1223: «certo quei valori [presi in considerazione dal 1223] interpretano e danno significato a fatti, di cui riflettono la connessione causale; ma se quest'ultima è prolettica rispetto alla serie di valori da prendere in considerazione, questi sono pur sempre poste di conto»[107].

Per motivi che specificheremo, e nei limiti che specificheremo, anche lucrare su un bene è un uso e il valore del lucro è perciò un valore d'uso. Nel momento in cui si dà un valore ad un lucro, dunque, e questo valore lo si dà nel momento in cui sorge la possibilità di lucro e consiste proprio nella sua quantità anche se valutata *ex post*, l'evento che ne segue, ossia quello che il lucro concretizzerà può considerarsi già attualizzato e dunque, in conclusione, l'eventuale illecito del terzo che lo farà cessare può essere letto – ricalcando l'esempio della torta – o come un qualcosa che impedisce un evento futuro, o come qualcosa che mi toglie un qualcosa che già ho, ossia l'evento futuro attualizzato nel di lui valore[108], ed è quasi superfluo evidenziare che in questo

[107] Così Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., 218.

[108] Può trovarsi un ragionamento analogo in Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 272 ss., dove però l'attualizzazione del lucro sembra dover assumere i connotati del diritto di credito, ma – aggiungiamo qui – non è detto che un lucro cessante per essere risarcibile debba necessariamente essere cristallizzato in un credito e dunque non è poi così scontata la conclusione cui giunge l'autore esemplificata dalla risarcibilità del mancato guadagno conseguente alla mancata esposizione di un prezioso francobollo andato distrutto, solo nel caso in cui l'offerta da parte degli organizzatori dell'esposizione fosse giunta al proprietario del francobollo prima della distruzione di quest'ultimo. È lo stesso Rizzo poi (Ibidem, 273 ss.) ad ipotizzare la risarcibilità d'un mancato guadagno mai divenuto diritto di credito, ma tale ipotesi viene relegata all'operatività di quello che l'autore definisce "lucro cessante secondario autonomo", categoria di cui altra dottrina dubiterebbe sul presupposto che non può esistere un lucro cessante che si pone a stretto ridosso della lesione, senza la mediazione d'un danno emergente, lucro cessante che dunque – per utilizzare le parole di questa dottrina – «pencola nel vuoto» (così Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 323). Indipendentemente da ciò occorre segnalare che il discorso di Rizzo muove certamente da una premessa condivisibile (Ibidem, 271), ossia impedire che il risarcimento d'un lucro cessante (o meglio: due lucri cessanti) si risolva in un arricchimento del danneggiato che potrebbe giovarsi contemporaneamente sia della messa a produttività della somma risarcitoria, sia della messa a produttività del bene andato distrutto, se solo si risarcisse contestualmente sia il mancato guadagno insito nel non poter portare il francobollo all'esposizione, sia il mancato guadagno connesso ad un tempestivo e redditizio investimento di quanto dovuto a titolo di risarcimento (cfr. art. 1224 secondo comma). La premessa, come detto, è condivisibile, solo non sembra che la creazione *ex novo* di quattro categorie (lucro cessante principale autonomo, lucro cessante principale dipendente, lucro cessante secondario autonomo, lucro cessante secondario dipendente) sia proporzionato al raggiungimento del risultato, che anzi viene problematizzato dal far confluire in un'identica soluzione casi – accorpati dalla definizione di lucro cessante secondario – che appaiono eterogenei, quali sono il mancato investimento tempestivo della somma dovuta a titolo di risarcimento e la concretizzazione di una possibilità di lucro cronologicamente successiva al danneggiamento, ma pur sempre riconnessa direttamente al bene andato perduto.

secondo caso il lucro cessante non potrà apprezzarsi né come danno futuro, né come mancato incremento patrimoniale[109]. Ben si comprende, dunque, la confusione che sul punto, in quest'ordine di idee si pone tra il concetto di valutazione/quantificazione e il discorso eziologico e se ci dovessimo ora chiedere quale inquadramento sia più corretto per il lucro cessante tra queste due categorie saremo costretti a rispondere che entrambe le vie appaiono corrette, il punto – aggiungiamo ora – è capire qual è la più via più utile, o meglio, quali utilità possono trarsi da entrambe.

[109] Quest'argomentazione può apparire come una riproduzione di quanto generalmente considerato sotteso alla c.d. concezione ontologica della perdita di *chance*, ma precisiamo fin d'ora che i due argomenti, pur connessi, vanno rigorosamente tenuti distinti come cercheremo di dimostrare al paragrafo 2 del capitolo 3.

2. Il lucro cessante contrattuale.

2.1.1. Funzione economica dello scambio e funzione giuridica del risarcimento: l'art. 1225.

Dagli elementi emersi può già tentarsi un abbozzo di descrizione del lucro cessante costruita per reazione all'inquadramento nel sistema dei danni ed intendiamo qui far reagire tale descrizione su quel sottoinsieme del sistema che è il danno da inadempimento, specificatamente contrattuale. Per far ciò prendiamo le mosse da quelli che una parte della dottrina definisce i danni consequenziali, ossia «quei danni che non si ricollegano direttamente alla prestazione inattuata e quindi all'inadempimento ma rappresentano "ulteriori" conseguenze di ordine negativo di esso»[110], danni che pertanto non sembrano ricompresi nella valutazione della prestazione, ma a questa sono causalmente collegati come può dimostrare l'art 1223, norma che secondo parte della dottrina «non può essere riferita – a pena di inutilità – al danno intrinseco all'evento lesivo, dal momento che tale danno, proprio perché intrinseco, non potrebbe mai rappresentare una conseguenza solo mediata e indiretta»[111].

Premettiamo che nel proseguo ci sarà una promiscua sovrapposizione tra contratto e obbligazione, sovrapposizione sostanzialmente dovuta ad aver attinto – e riportato – all'interno di un unico discorso, frammenti d'autori che indistintamente si rivolgevano a volte all'uno, a volte all'altra e con ciò sottolineiamo anche che l'aggettivo "contrattuale" riferito alla responsabilità è una sineddoche che indica il tutto con una parte «la parte, del resto, di gran lunga più importante, non solo dal punto di vista economico, ma anche dal punto di vista della dogmatica giuridica»[112]. Ciò non toglie che nella materia una distinzione può essere proficua, laddove non considerata

[110] Di Majo, *Le tutele contrattuali,*cit.,167; v. anche, per un'applicazione di tale categoria ai danni extracontrattuali, Salvi, *La responsabilità civile.* cit., 224, secondo il quale «l'evento può essere di per sé economicamente irrilevante, e tuttavia esistono "conseguenze" economiche di esso, che vanno risarcite; e che comunque a dover essere considerate ai fini del risarcimento non sono solo le perdite economiche connesse al bene, la cui lesione integra l'evento, ma anche ulteriori conseguenze dannose».

[111] Così, Belvedere, *Causalità giuridica?,* cit., 17 che prosegue poi: «è probabile pertanto che l'art. 1223 si riferisca ai danni (perdite e mancati guadagni) intrinseci ad eventi ulteriori e distinti dall'evento lesivo, ma che di questo sono "conseguenza immediata e diretta"»; sui danni consequenziali v. anche Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno,* cit., 129 ss.

[112] L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente),* Enc. Dir, XXXIX, Milano, 1988, 1072. V., anche, C. Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, Eur. dir priv., 2010, 1.

doverosa[113], pena lo scadere nel «tradizionale apriorismo dogmatico»[114] che è stato riscontrato nella sovrapposizione indiscriminata dei due concetti. Anche per questo è bene premettere che laddove non ci si riferirà espressamente all'obbligazione, ci si sta riferendo al contratto.

La distinzione tra danni consequenziali e non, appare ricalcata sull'antica distinzione[115] – costruita sul noto frammento di Paolo riferito alle *utilitas quae circa ipsam rem consistit*[116] – tra *damnum circa rem* e *damnum extra rem* (a volte definiti anche, rispettivamente, danni intrinseci e danni estrinseci), premettendo però che due definizioni animavano la distinzione[117]: secondo alcuni il danno *circa rem* era il danno diretto e l'*extra rem* il danno mediato[118]; secondo altri – e questa è l'interpretazione che qui più sembra interessare – il danno *circa rem* era il danno che per dirla con Polacco «riflette la cosa dedotta in obbligazione» mentre l'*extra rem* copre il rimanente patrimonio del creditore[119]. In realtà le due interpretazioni proposte rispondevano ad un esigenza cronologicamente e storicamente non sovrapponibile, su cui si tornerà, e trovavano proprio nel lucro cessante, o meglio nella volontà (o esigenza) di considerare questo un danno risarcibile per intero, la loro ragion d'essere[120]. Qui ci limitiamo a segnalare come il superamento, o meglio l'abbandono di tale distinzione, che trova comunque seguito nella giurisprudenza di inizio '900[121] è, a parere di Schupfer, ripreso da Polacco, incentrato proprio su questa duplice interpretazione poiché: «ove si pensi

---

[113] Cfr. di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 150 ss.; Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 155; Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 71, 86, 138 e 157 ss.

[114] Bianca, *Dell'inadempimento*, cit., 53, nota 14.

[115]Facciamo nostre qui le parole di Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 3, secondo il quale il senso dell'indagine storica non va inteso «come ricostruzione delle ragioni contingenti che portarono all'adozione di una certa soluzione, ma come individuazione di quelle ragioni sistematiche originarie sottese ai concetti giuridici, indispensabile al fine di comprenderne il senso attuale».

[116] L. 21 par. 3. D. de A. E. V.

[117] Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 587.

[118] V. ad esempio P. Bonfante, *Lezioni sulle obbligazioni (anno accademico 1911-1912)*, Pavia, 1911, 250 dove si afferma che la «infelice espressione circa ipsam rem non allude se non al nesso causale: sono esclusi dal risarcimento quei danni che hanno una così remota e problematica connessione col fatto stesso che il nesso causale si smarrisce». Il passaggio è riportato anche da Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 157 nota 67.

[119] Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 587.

[120] Va considerato infatti nel frammento di Paolo alcuni videro una diffidenza nei confronti del lucro cessante v. C. Nani, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canonistiche*, Arch. Giur., 1876, 223. Vi è comunque da rilevare che è lo stesso Paolo che introietta nel danno «*quantum lucrari potui*», che però non poteva comunque mai superare, nel sistema della costituzione di Giustiniano, il noto limite del *duplum* in caso di responsabilità contrattuale. Cfr. E. Betti, voce "*Id quod interest*", Nov. dig. It, VIII, 1957, 133; Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit, 47. Per un maggior approfondimento sulla risarcibilità, e i suoi limiti, del lucro cessante nel diritto romano v. L. Bove, *Danno (diritto romano)*, Noviss. Dig. It. Torino, 1960, 145 ss.

[121] V. Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 10.

alle molte contese a cui cotesta divisione ha fatto luogo e alla grande confusione che né derivò, parrà forse accettabile il consiglio del sommo Vangerow di ignorarla»[122].

A ben vedere, però, il superamento della distinzione dogmatica tra danno *circa rem* e danno *extra rem* – sempre che di superamento possa parlarsi – così come la distinzione che riprenderemo tra danno comune e danno proprio, non è dovuta alla fumosità della definizione, bensì all'affermarsi del criterio della prevedibilità che nelle intenzioni di uno dei suoi primi ispiratori[123] – Molineo[124] – altro non voleva rappresentare che un criterio unitario di determinazione del danno[125], criterio unitario che però, come vogliono dimostrare queste pagine, non è stato in grado di sciogliere i nodi problematici che le antiche concettualizzazioni miravano ad identificare e può dirsi dunque che tali categorie dogmatiche furono superate prima che i problemi che miravano a risolvere furono superati[126], problemi che, pertanto, restano vivi e presenti sotto il tappeto della prevedibilità che li cela e si palesano nitidi a chiunque si interroghi su concetti quali quelli che qui ci impegnano, come dimostra l'appena menzionata vicinanza tra i danni *circa-extra rem* con la teorica dei danni consequenziali[127] e come può dimostrare anche la ritrosia dei primi commentari del *Code civil* del 1804 – in particolare Demolombe[128] e Laurent[129] – ad emanciparsi dalle categorie suddette nella descrizione dell'effettiva

---

[122] F. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868,30; cfr. sul frammento di Schupfer, anche, Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 34, nota 26. Sul superamento della distinzione rinviamo anche a Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 188 e 395-396 del vol. V.

[123] Cfr. Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, cit., 570; M. Lupoi, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, 49 e 60 ss.; Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 30 e 40. Che la prevedibilità abbia sottratto campo alla distinzione circe/extra rem emerge nitidamente anche in Giorgi, *Teoria della obbligazioni*, II, cit., 188.

[124] Dumoulin, *Tractatus de eo quod interest*, Opera omnia, Paris, 1638, II, 42 ss. (la prima edizione è del 1555); cfr. Lupoi, *Il dolo del debitore*, cit., 45 ss. che da 102 ss. estrapola e riporta i passaggi più significativi del testo; cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 29 ss.; Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 87 e 145 ss.

[125] Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, cit., 570; Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 5; cfr. Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 146 ss. e non è peregrina l'idea che tale "semplificazione" sia inquadrabile in una più ampia logica di semplificazione operata sul diritto privato in concomitanza all'ascesa della borghesia la quale ambiva ad un più agile sistema degli scambi cfr. sul punto G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto*, Bologna, 1976, 35 ss.

[126] «il mancato accoglimento di questa distinzione [tra danni circa rem e danni extra rem] nella descrizione dei meccanismi risarcitori ha rappresentato, a nostro avviso, un ostacolo sulla strada della corretta individuazione dello spazio che la valutazione soggettiva del danno riceve nel nostro ordinamento», così Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 88.

[127] Per Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 87, la distinzione tra danno *circa rem* ed *extra rem* è simile a quella tra *general damages* e *consequential damages* propria della tradizione di *common law*. V. anche Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 129 ss.

[128] C. Demolumbe, *Cours de Code civil*, Bruxelelles, 1868, n. 578 ss., 204.

[129] F. Laurent, *Principi di diritto civile*, Napoli, 1881, n 286, 264

portata dispositiva della prevedibilità[130], come dire: esistono «premesse non dichiarate, ma tuttavia operanti, dietro argomentazioni che si presentano come mere deduzioni logiche»[131].

Norma chiave per l'individuazione di tali danni è dunque, il già citato, e fino a tempi recenti trascurato[132], art. 1225[133] che condiziona, salvo il caso di inadempimento doloso, la risarcibilità del danno alla sua prevedibilità, prevedibilità da rapportarsi non al tempo dell'inadempimento ma della conclusione del contratto[134], *rectius*: al tempo in cui è sorta l'obbligazione[135]. Specificazione non da poco[136], questa della non riferibilità della prevedibilità all'inadempimento, poiché è con tale specificazione – presente peraltro nella Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili (art. 74), nei PDCE (art. 9:503) e nei Principi Unidroit (art. 7.4.4.) – che viene a confondersi l'interesse del creditore[137] con il risarcimento del danno da inadempimento, o meglio viene a saldarsi «l'area del danno risarcibile con quella degli interessi contemplati nel contratto»[138],

---

[130] Cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico,* cit., 180.

[131] Così un decontestualizzato T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, ora in *Problemi giuridici*, Milano, 1959 61-62.

[132] C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 98, spec. nota 17. Negli ultimi temi è da registrare un'inversione di tendenza testimoniata dalla pubblicazione di varie monografie sul tema, tra le quali segnaliamo quelle in particolare prese in attenzione da queste pagine, ossia di Di Gravio e Gnani.

[133] Da notare è che Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, cit., n. 161- 162, introduce la prevedibilità esclusivamente per i danni *extra rem*, con ciò legando palesemente i destini del criterio con quelli della categoria.

[134] Critico su tale scelta legislativa, Bianca, *Inadempimento*, cit., 380 ss.

[135] Avevamo già riferito dell'uso promiscuo che si sarebbe fatto in queste righe delle categorie del contratto e dell'obbligazione, tale promiscuità, segnaliamo ora, è giustificabile anche alla luce del mutamento terminologia che ha contrassegnato il passaggio dall'art 1228 del codice del 1865 all' art. 1225 del codice attuale. Il primo si riferiva «al tempo del contratto» il secondo al tempo «in cui è sorta l'obbligazione». Il mutamento non ha portato nuovi spunti al dibattito dottrinario e ciò dimostra la sineddoche già riferita di cui parlò Mengoni. Tra le poche eccezioni segnaliamo G. Visentini, *Responsabilità contrattuale ed extra contrattuale*, Enc. giur., XXVI, Roma, 1991, 4, ma va detto che l'attenzione dell'ultima autrice al mutamento non è volto ad una valorizzazione della distinzione sul tema tra contratto e obbligazione, ma ha come fine un avvicinamento del piano contrattuale a quello extracontrattuale.

[136] Su tale specificazione V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 97-98. Altrettanto convita della centralità di tale precisazione: M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, Trattato della responsabilità contrattuale, III, dir. G. Visintini, Padova, 2009, 50, che vede proprio in ciò l'elemento differenziale tra causalità e prevedibilità, e data la *vulgata* che tende a sovrapporre i due concetti – su cui a breve si tornerà nel testo – appare implicitamente dimostrata la generalizzata scarsa attenzione per quanto qui messo in rilievo.

[137] Secondo Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 174, l'art. 1174 e l'art. 1225 «hanno riguardo ad una nozione concreta di interesse creditorio; in altre parole, agli scopi individuali cui l'adempimento è funzionale. La differenza tra le due norme sta però in ciò: che mentre l'una non pretende di individuare l'interesse effettivamente presente, tra tutti i vari – anche i più eccezionali – possibili, bastando la presenza di un interesse qualunque per chiedere l'(esatto) adempimento dell'obbligo primario (art. 1453 c.c.), l'altra è norma di responsabilità: dovendo determinare il danno risarcibile, deve necessariamente attribuire una concreta valenza economica all'obbligo inadempiuto».

[138] «…è comunque certo che la regola della "prevedibilità" intende saldare l'area del danno risarcibile con quella del degli interessi contemplati nel contratto» così, per esteso, di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit.,

interessi che per dirla con Giorgianni costituiscono un elemento fisiomico dell'obbligazione[139] che «nel suo complesso non è solo regola di comportamento ma regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato, a questo finalizzata»[140], ed in questo suo significato specifico, sostanzialmente sovrapponibile alla c.d. regola di Hadley[141], il 1225 «è evidente che non sia applicabile all'illecito extracontrattuale»[142] come è evidente che «il danno da mancata o inesatta prestazione rappresenta una perdita intrinseca all'evento dannoso costituito dalla violazione del vincolo obbligatorio»[143].

Al posto della prevedibilità potrebbe pertanto parlarsi di sviluppo del piano dell'obbligazione[144], o secondo alcuni, addirittura, di «contenuto stesso dell'obbligazione»[145], e ciò al fine di enfatizzare che «*c'est le contrat lui-meme qui est*

188; cfr. Id., voce *Responsabilità contrattuale*, Dig. disc. priv., dir. civ., Torino 1997, 27; cfr. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità*, cit., 101. Spunti in tal senso furono già segnalati da E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlin, 1936, 495 ss. che parlava di riparazione in relazione allo scopo del contratto, come anche riportato da Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 96. V. anche Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 888 secondo il quale la norma contenuta nel 1225 «è intesa a circoscrivere il danno da risarcire entro il cerchio economico segnato dal valore d'uso che la prestazione dovuta presenta per la sua oggettiva qualità o per la particolare destinazione economica in vista della quale è stata dedotta in contratto».

[139] M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)*, Noviss. dig., XI, 1965, 587.

[140] Così A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 111; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 151 ss., sulla cui scia Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 658-659.

[141] Famoso caso inglese del 1854 – famoso al punto da essere definito «stella fissa nel firmamento giurisprudenziale» (G. Gilmore, *La morte del contratto*, trad.it., Milano, 1988, 74) – Hadley v. Baxendale introdusse la «*contemplation of the parties*» al momento della conclusione del contratto come criterio per la determinazione del danno contrattuale. Sul punto v. Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 260 ss. e F. Ferrari, *Hadley v. Baxendale la prevedibilità dell'art. 74 CISG*, Trattato della responsabilità contrattuale, cit., 365 ss.

[142] Così P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 100, il quale pur non parlando dell'interesse del creditore parla del «rischio calcolabile al momento del contratto» concetto sovrapponibile a quello che a breve verrà formulato di interesse oggettivizzato. Cfr. Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica*, cit., 419; Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità*, cit., 104-105; di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 203; Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 663.

[143] Così Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 785 che riprende Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 199.

[144] «la responsabilità si caratterizza come evoluzione del rapporto originario» secondo Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 806 che così riprende uno spunto di L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, Jus, 1986, 88. E nello stesso solco v. Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 739 ss.

[145] V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 139 in cui riecheggia Satta, secondo il quale l'obbligazione, risolvendosi sempre necessariamente ed in ultima istanza in una somma di denaro faceva divenire il danno «intrinseco e coessenziale» all'obbligazione. S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Tratt. Vassalli, XV, t. 1, Torino, 1954, 5 ss. cfr. in senso critico di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 149, che pone l'attenzione sull'insoddisfazione dell'interesse primario contrapposto alla soddisfazione per equivalente di questo in caso di risarcimento da inadempimento e – ritiene di Majo – se non si mettesse in evidenza ciò «si arriva al risultato inaccettabile di risolvere l'obbligazione nella sola garanzia del conseguimento di somme di danaro e/o meglio nella soddisfazione di *interessi di risarcimento*».

la cause de la dette de dommages et intérêts, au cas d'inexécution»[146], per giungere poi ad affermare che è nel piano dell'obbligazione che si ha il criterio per scoprire quali danni di una determinata sequenza causale vanno risarciti e quali no[147], o meglio: «il danno segue alla violazione di un vincolo dal cui contenuto e dai cui scopi è possibile dedurre anche la misura della pretesa del creditore danneggiato»[148] poiché la prevedibilità altro non è che il «*pendant* dell'aspettativa del creditore»[149], come d'altronde può intuirsi considerando che «l'essenza del rapporto obbligatorio consiste nella funzione attribuita al *comportamento* a cui il debitore è tenuto, in relazione all'*interesse* del creditore»[150] o in altre parole «attraverso il processo di qualificazione formale, il fine dell'interesse tutelato (scopo in senso oggettivo) si obbiettiva come funzione giuridicamente essenziale del comportamento dovuto, di guisa che la realizzazione dell'interesse diventa propriamente l'oggetto (o contenuto) del diritto corrispondente»[151], ed è perciò scontato che il danno si vada a sovrapporre all'interesse[152] lasciando intravedere una *Satisfactionsfunction* della sentenza di condanna pecuniaria[153].

Il mutamento terminologico proposto è poi utile: 1) ad evitare che determinati problemi che affliggono la prevedibilità (ossia se debba questa essere concreta o astratta, costruite sulle specifiche conoscenze dell'agente e rapportate all'uomo medio etc.[154]), vadano ad incardinarsi in un tema che tali problemi non pone[155]; 2) a distanziare la prevedibilità aquiliana e la prevedibilità contrattuale al punto di autorizzare un interpretazione del

---

[146] Così P. Remy, *La «responsabilità contractuelle»: historie d'un faux concept*, Rev. trim. dro. civ., 1997, 325.

[147] Cfr. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p 373.

[148] Così Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 641.

[149] Così Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 659.

[150] Così Giorgianni, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., 609.

[151] Così Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, cit., 177.

[152] Cfr. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 59 ss., che mette in rilievo come l'intesse seghi le categorie di danno reale e danno differenziale approdando ad un danno che può dunque definirsi meramente normativo; cfr. anche Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 267-268. Scrive invece Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 111 che solo l'adempimento in natura mira alla realizzazione dell'interesse del creditore e dunque solo questo «ha una funzione in un certo senso promozionale o meglio attuativa del rapporto obbligatorio».

[153] Contrapposta alla *Aequivalentfunction* e la *Straffunktion* nella nota ricostruzione di R. von Jhering, *Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubhan, in Jahrbücher für die Dogmatik*, XVIII, 1874, 51ss., riportato anche da Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 91 nota 65. Cfr. sulla triplice funzione della condanna al pagamento nelle azioni civili in Jhering v. anche Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 580 e Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 107.

[154] V. sul punto, anche alla luce delle considerazioni che si faranno a breve nel testo sull'introiezione nel discorso del risarcimento contrattuale dello scopo della norma violata: Barcellona, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, cit., 86 ss.

[155] Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 884 e 888-889. Pur condividendo la base del ragionamento proposto ritiene, invece, che di tali problemi bisogna tener conto Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 155 ss.

mancato rinvio del 2056 al 1225 che non determina, come appare preferibile se non scontato[156], l'estromissione della prevedibilità del danno dal giudizio aquiliano[157]; 3) a consegnare una razionale giustificazione «della rilevanza attribuita ad un momento [il sorgere dell'obbligazione] in cui è prematuro o addirittura impossibile che il debitore apprezzi il significato delle conseguenze del suo inadempimento»[158].

Letta in questa chiave la prevedibilità del 1225 nasconde quella regola di delimitazione del danno nota come: scopo della norma violata, laddove la violazione della norma è l'inadempimento e lo scopo della norma è l'interesse del creditore[159], e non è dunque

---

[156] Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* cit., 593 ss.

[157] V. sopra Capitolo 1, paragrafo 1.4.1. v. anche C. Castronovo, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso,* Eur dir priv., 2004, 108 ss. e id. *La nuova responsabilità civile,* cit., 594 secondo il quale «il mancato rinvio all'art. 1225 può significare soltanto che alla responsabilità aquiliana necessita una regola propria, una regola che, non dettata dal legislatore, deve essere trovata dall'interprete».

[158] Cfr. Bianca, *Inadempimento*, cit., 380, che non vedendo la prevedibilità nell'accezione da noi proposta, ritiene irrazionale l'ancoraggio di questa al momento del sorgere dell'obbligazione; cfr. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità*, cit., 103. Segnaliamo sul punto la sentenza Cass., 30 gennaio 2007, n. 1956, Nuov. giur. civ. comm., 2007, 1127 ss. (con nota di F. Maiolo) secondo la quale il giudizio di prevedibilità di cui all'art. 1225 cod. civ. deve essere ricollegato al tempo in cui divengono attuali gli obblighi delle singole prestazioni, posto che solo in tale momento il debitore è in grado di valutare le prevedibili conseguenze del suo eventuale inadempimento. A ben vedere, però, nel caso sottoposto alla corte (inadempimento d'un preliminare di compravendita successiva ad una rivalutazione al rialzo del valore del bene che ne era l'oggetto), meglio avrebbe fatto la corte a procedere attraverso l'eccezione dolosa del 1225 piuttosto che forzare in maniera così palesemente illetterale il dettato codicistico. Riferiamo – qui – anche di quel interpretazione del «momento in cui è sorta l'obbligazione» che aggancia tale momento non alla nascita dell'obbligazione "madre" ma al momento del sorgere dell'obbligazione risarcitoria (ne da conto, tra gli altri, Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno,* cit., 194). Confutazione sistemica di tale interpretazione è implicita in quanto verrà a breve sostenuto nel testo.

[159] Della stessa opinione di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 274 dove può leggersi che «scopo della norma violata e prevedibilità dal danno sono aspetti tra loro intimamente connessi, ove si consideri che, in materia contrattuale, la norma violata è la pattuizione contrattuale e il danno risarcibile è quello rientrante "within the contemplation of the parties"» anche P. Trimarchi, *Causalità giuridica e danno,* Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 4, parla di scopo della norma violata in relazione al danno contrattuale. Di diverso avviso appare, invece, Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno,* cit., 195, il quale dopo aver criticato l'applicabilità dello scopo della norma violata alla responsabilità extracontrattuale, propone, al solo fine di confutarla, anche l'applicabilità di tale criterio di selezione dei danni risarcibili alla responsabilità contrattuale ma a differenza di quanto faremo noi nel testo ritiene che lo scopo dell'obbligazione non sia lo sviluppo del piano dell'obbligazione, ossia l'utilità oggettiva del creditore ma solo la «realizzazione del risultato dedotto nel rapporto obbligatorio», ossia l'oggetto dell'obbligazione e dimostrativamente formula l'esempio dell'obbligazione pecuniaria il cui scopo è l'ottenere la disponibilità materiale del denaro alla scadenza prestabilita e null'altro spiega dunque, lo scopo della norma violata, in merito agli interessi ulteriori del creditore, per intenderci quelli che introducono la disciplina degli (si perdoni la ripetizione, ma questa sovrapposizione di vocaboli è di certo non casuale) interessi *ex* art. 1224. C'è da porre in rilievo però, che lo stesso autore, alcune pagine dopo (206) al fine di trovare il significato di "conseguenza immediata e diretta" in ambito contrattuale parla di «realizzazione di un rischio *normalmente* connesso con l'inadempimento» (corsivo nell'originale), e se si relativizza – come anche Realmonte ritiene di dover fare distinguendo eccezionalità delle conseguenze ed anormalità della connessione all'inadempimento – il concetto di "rischio normale", ossia se si abbraccia l'idea che non vi è niente di ontologico in questa normalità, o meglio che ogni contratto ha la sua "normalità", si palesa la centralità del contratto nella costruzione di Realmonte, centralità non molto coerente con il principio di autosufficienza proposto dall'autore del 1223. Sembra che alla critica appena proposta Realmonte risponda (198, nota 100) sovvertendo il rapporto tra funzione del risarcimento e regola di delimitazione del danno, ossia, sostiene l'autore, dettando l'art. 1223 «una regola in sé compiuta, appare evidente come

vero che, come talvolta può trovarsi affermato,«la regola stabilita dall'art. 1225 deve essere ritenuta concretamente operante solo quando vi sia un sensibile scarto temporale tra il momento in cui è sorta l'obbligazione e quello in cui si verifica l'inadempimento»[160], poiché non solo in questo caso assumono rilevanza gli interessi delle parti.

Se quanto affermato appare corretto, emerge che il problema non è capire se quell'evento dannoso era o no prevedibile, quanto se quell'evento dannoso fosse o no tra quelli rientranti nell'interesse del creditore[161], interesse che, è forse superfluo specificare, non è l'interesse soggettivo tutto interno al creditore stesso (i motivi che hanno indotto a contrarre)[162], ma è l'interesse pur sempre soggettivo ma oggettivizzatosi, anche implicitamente[163], nell'accordo[164]. L'interesse oggettivo (oggi

---

tale regola costituisca essa stessa un dato normativo al quale occorre avere riguardo per poter esattamente individuare la funzione della responsabilità», ma si obbietta qui che se è proprio il rapporto con il contratto o l'obbligazione a dare contenuto al 1223, il riproporre quest'ultimo in chiave funzionalizzante, e non funzionalizzata, è o scontato o contraddittorio, poiché è scontato che la funzione dell'obbligazione, pur passata sotto il 1223, resta la funzione dell'obbligazione, ma è contraddittorio sostenere che questa venga creata dal 1223 dopo che questo è stato creato dalla funzione dell'obbligazione o, ripetendo Realmonte, dalla «realizzazione di un rischio *normalmente* connesso con l'inadempimento». Cfr. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 225 che ritiene la teoria dello scopo della norma violata «adeguata solo alla tematica specifica della causalità per colpa»; cfr. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 641 secondo il quale «il criterio del nesso tra la natura e il contenuto della prestazione e le conseguenze negative che all'inadempimento della medesima sono giuridicamente (non già "naturalisticamente") ascrivibili sembra soddisfare in maniera più precisa la duplice esigenza di non predeterminare in maniera rigida l'area del danno risarcibile e al tempo stesso di circoscriverla, con criterio sufficientemente controllabile, alla specifica ragion d'essere del fenomeno regolato. Entro tali limiti la "risarcibilità" può profilarsi, sul piano contrattuale, anche il presenza di concause che di per sé potrebbero sembrare eccezionali, ove fossero considerate in maniera generica o comunque astratta rispetto allo specifico contenuto del rapporto e rispetto al nesso normale tra l'inadempimento e le sue conseguenze»; in senso analogo al testo Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit, 123. Cfr. anche Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 664 dove si marca la distinzione tra la teoria dello scopo della norma violata contrattuale ed il suo omologo extracontrattuale.

[160] Così, invece, Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione ancora attuale?*, cit., 86 che riprende un ragionamento sviluppato da P. Cendon, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di G.Visintini, Milano, 1984, 23 ss.

[161] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 215 descrive la prevedibilità contrattuale come «una tecnica di definizione del danno giuridicamente rilevante rivolta all'adeguamento della funzione risarcitoria alla specifica funzione economica dello scambio, cioè ad estendere l'area del danno in guisa che il nesso economico tra capitale monetario impiegato nello scambio e capitale complessivamente investito nella produzione e/o nel commercio divenga in materia di risarcimento un nesso giuridico»; cfr. anche Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 278 nota 12, secondo il quale «la questione non è "quali danni le parti hanno avuto in mente, quando hanno concluso il contratto?"; la domanda è, invece, "quali interessi l'obbligazione assunta doveva consentire di soddisfare"».

[162] Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 164 ss.

[163] Centrale è qui il ruolo delle informazioni, comunicate in sede di trattative, determinabili dal regolamento contrattuale, desumibili dalla qualità delle parti. Cfr. Breccia, *L'obbligazione*, cit., 644; Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità*, cit., 101; Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 159; Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 170.

[164] Cfr. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 641. Della stessa opinione espressa nel testo E. Tuccari, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, NGCC, 2012, 577, secondo il quale «il

forse: causa concreta[165]; in tempi antichi, invece *causa ex qua oriturur haec obligatio ad interesse*[166]) è, proprio in quanto oggettivo, conoscibile dall'altra parte ed è tale conoscibilità che deve aver richiamato l'idea della prevedibilità[167], ma in tale idea non si esaurisce se non altro per appartenere – la prevedibilità – agli enunciati normativi indeterminati[168], enunciati che richiedono un appoggio a loro esterno per concretizzarne la portata, e qui l'appoggio torna ad essere il contratto e, dunque, la prevedibilità appare come un argomento mediano ad un punto d'arrivo e di partenza che invece coincidono, e così come la via più breve per andare da un punto A ad un punto A è restare fermo, per la stessa logica non è necessario spostarsi dal piano contrattuale alla prevedibilità sul tema che qui ci occupa[169] e giungiamo dunque alla conclusione che «l'area del danno risarcibile in sede contrattuale non incontra altro limite se non quello degli interessi che si sono rappresentati nel contratto»[170] così che il risarcimento «si risolve, nella soddisfazione dell'interesse dedotto in obbligazione»[171] e il limite della prevedibilità non è altro che lo strumento «congruo a una tutela che intende soddisfare in via succedanea l'interesse specificamente dedotto nel rapporto obbligatorio»[172]; capovolgendo il discorso i danni imprevedibili appaiono irrisarcibili poiché a monte esclusi dall'accordo e dunque «the allocation of responsibility for the consequences of breach is one of the matters that is determined by contractual agreement, even when it is not covered by the express terms of the agreement»[173].

---

legislatore, attraverso l'art. 1225 cod. civ., sembra riaffermare non solo il nesso generale tra responsabilità per inadempimento e disciplina delle obbligazioni, ma anche la stretta connessione tra profilo "patologico" e profilo "formativo" dello stesso rapporto obbligatorio: non considerare determinate conseguenze come parte dell'obbligazione, può riflettersi dunque in una diversa quantificazione del danno risarcibile». V. anche Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, secondo il quale, all'interno del sistema binario di responsabilità (contrattuale-extracontrattuale), poi dall'autore confutato, «il danno [contrattuale] viene risarcito nei limiti di prevedibilità perché corrispondente al valore economico che aveva l'obbligazione originaria».

[165] Cfr, Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 274.

[166] Molineus, *Ult. op. cit*., 427 ss. V. anche Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 41.

[167] Cfr. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 159 secondo il quale il requisito della prevedibilità si identifica con la riconoscibilità dell'interesse del creditore.

[168] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 4.

[169] Anche in considerazione del fatto che «l'equazione prevedibilità del danno […] = volontà di assumersene il rischio è evidentemente una mera finzione, un mero espediente costruttivo. Essa, infatti, viene puntualmente desunta da circostanze rigorosamente oggettive (clausole contrattuali, qualità dei protagonisti dello scambio, qualità del bene promesso quale risulta dalla sua intrinseca forma economica e/o dal modo in cui esso è dedotto in contratto)». Così, Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 150.

[170] Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 181.

[171] Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, cit., 96.

[172] Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 17.

[173] A. Kramer, *An Agreement Centred Approach to Remoteness and Contract Damages*, Comparative Remedies for Breach of Contract, N. Cohen e E. McKendrick, Oxford, 2005, 250, citato anche da Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 273 nota 6.

Si ribadisce in questo modo la riconduzione del danno ai c.d. concetti sistemici, «ossia concetti che possono essere individuati e predicati solo ove composti all'interno di uno schema predefinito di regole orientate in funzione di un senso»[174], ed emerge la centralità nella disciplina del danno da inadempimento dell'art. 1225[175] – «una sorta di *common core* delle tradizioni giuridiche accolto in tutte le *model rules*»[176] – centralità che lascia nell'oblio dell'ipotesi eccezionale (da inadempimento doloso[177]) l'art 1223[178], invece, generalmente ritenuto «fondamentale»[179], fondamentale al punto da riempire di contenuto, soprattutto nelle sentenze, l'art. 1225 come ben può vedersi in questo frammento, spesso ripetuto[180], della Cassazione: «il criterio della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c. coincide tendenzialmente con quello della regolarità causale, nel senso di comprendere nel danno risarcibile le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento che di questo rappresentino effetti immediati e diretti»[181]. Soluzioni

---

[174] Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit, 8; cfr. Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 470 e 498 dove può leggersi che le categorie concettuali di perdita subita e mancato guadagno non prefigurano una regola d'azione ma sottintendono regole sulla ripartizione del rischio dei danni «le quali, in quanto tali, sono regole tecniche dell'uso e della ripartizione della ricchezza. Esse, perciò, hanno un valore contingente e non assoluto; di conseguenza ricevono la loro validità di volta in volta dal sistema di cui sono l'espressione».; cfr., anche, Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 6 ss.

[175] Contra: Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione ancora attuale?*, cit., 86. Una menzione a parte merita Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, 785-786, secondo il quale «il danno da mancata o inesatta prestazione rappresenta una perdita intrinseca all'evento dannoso costituito dalla violazione del vincolo obbligatorio e non già un evento dannoso in sé rispetto al quale abbia senso porsi un problema di derivazione causale, come invece lascerebbe intendere l'art. 1223 c.c., il quale, in modo assai discutibile, adotta un linguaggio inequivocabilmente causale». La premessa e l'argomentazione è qui condivisa ma il virgolettato sconta l'impostazione tradizionale che pone il 1223 al centro del sistema della determinazione del danno contrattuale. La "discutibilità" del linguaggio causale del 1223 verrebbe di certo ridimensionata dalla centralità – proposta nel testo – dell'art. 1225 che si conferma, nell'interpretazione formulata, il più convincente criterio di determinazione del danno.

[176] Così G.Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 382.

[177] Cfr. Gnani, *Sistema si responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 205 ss., secondo il quale partendo dalla centralità del 1223 in caso di inadempimento doloso propone, e non è il solo, una lettura del dolo del debitore in chiave sostanzialmente aquiliana.

[178] V. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 245 ss.; Id., *La responsabilità contrattuale*, cit., 120-121; V. anche Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit. 133 ss; cfr. anche C. Romeo, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, Resp. civ. prev., 2004, 973. Per analoghe conclusione da parte della dottrina anglosassone rinviamo a Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 285 ss.

[179] Cfr. tra i tanti Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 631; G.Visintini e L. Cabella Pisu, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Tratt. Rescigno, IX, t.I, Torino, 1984, 196.

[180] Cfr. Cass. 19, luglio 1982, Giust. civ., 1983, 523 con nota di M. Cinelli; Giur. it. 1983, 425, con nota di M. Perfetti.

[181] Cass, civ., 19 gennaio 1999, n. 475 riportata da Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 275 che in calce al frammento commenta: «il criterio della prevedibilità rischierebbe, in tal modo, di condurre ad un risultato al quale si potrebbe comunque giungere attraverso le più comode e navigate strada della causalità». Su quanto le strade della causalità non sia poi così "comode", rinviamo a Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., *passim*, Id., *Trattato della responsabilità civile*, cit., spec., 885 ss. e il tutto viene detto a tacer del fatto che l'inadempimento, ben poco ha a che vedere con la causalità poiché «è un puro giudizio di difformità del fatto rispetto all'effetto […] difformità che come tale non può essere

come quella da ultimo prospettata ben minore spazio avrebbero ricevuto se si fosse conservata – come appare preferibile – la vecchia 'geografia' del codice del 1865, che al contrario dell'attuale, posizionava la prevedibilità (art. 1228 cod. abr.) prima delle conseguenze immediate e dirette (art. 1229 cod. abr.) ed introduceva quest'ultime con un significativo «quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore…» così sottolineando che solo in presenza del dolo si accedeva al diverso criterio delle conseguenze immediate e dirette[182]. La differente collocazione della norma nell'attuale codice paga il modello generale ed unitario di danno – contrattuale ed extracontrattuale – perorato dal legislatore del '42[183], che ha portato il 1223 ad essere "lo statuto generale del danno", statuto generale che a ben vedere, sulla scorta della dimostrata sufficienza dell'interesse in ambito contrattuale, diviene tutt'al più applicabile esclusivamente in ambito extracontrattuale[184] palesando la «falsa unità»[185], o l'illusoria omogeneità[186], dei due modelli di responsabilità.

---

considerata alla stregua di un accadimento», così Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 88 e sulla scia Mazzamuto, Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale, cit., 785. Rileva la commistione tra prevedibilità e causalità anche, tra gli altri Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 105; Id, *I criteri di determinazione del danno*, cit., 384, cui si rinvia (nota 25) per brevi cenni bibliografici comparativi sul punto. V. anche Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 658, nota 435. Per ulteriore giurisprudenza analoga a quella citata nel testo si rinvia a Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 49 nota 68.

[182] Simile ragionamento viene svolto da Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 97 con la differenza, non particolarmente significativa, di rivolgersi non al codice nostrano del 1865 ma al codice francese (art. 1150 e 1151), su cui come noto, fu modellato il codice del 1865. Segnaliamo qui che anche il progetto di codice italo francese delle obbligazioni conservava la "geografia" del codice del 1865 agli art. 98, 99 e 100.

[183] Per una critica al modello unitario di danno v. C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, Eur. dir. priv., 2008, 802 ss.; id., *Il risarcimento del danno*, cit., 81 ss: di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 156 ss. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, cit., 96 ss. Favorevole invece all'unificazione che rappresenta «un'apprezzabile opera di astrazione» Patti, *Danno patrimoniale*, cit., 94 ss. v. anche Busnelli - Patti, *Danno e responsabilità civile*, cit., 10-11; cfr. anche Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 155 che scrive: «la scienza giuridica italiana […] dopo un primo periodo in cui ripercorre le linee interpretative tracciata dalla dottrina francese, e con esse la consapevolezza delle ragioni storiche delle soluzioni adottate, con l'adesione al metodo dogmatico, il ritorno al diritto romano e la rottura con il modello culturale francese, abbandona la tradizione interpretativa di scuola francese per cedere alle tentazioni di eleganza di un modello unitario, di una disciplina generale del risarcimento, tanto contrattuale quanto extracontrattuale, fondata, sulla scia della dottrina tedesca, sulla colpa, e sulla scomposizione degli elementi di colpa, danno e nesso causale» (note omesse). V. anche la precedente critica di Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, cit., *passim*, spec.586 nota 1, a cui si rinvia anche la bibliografia in merito alla concezione unitaria sotto il codice del 1865.

[184] Della stessa opinione di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 245-246; cfr. Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 155 secondo il quale «più di un dato segnala che la disposizione *de qua* [l'art. 1223], così come formulata, forse meglio si adatta al contesto aquiliano che a quello della responsabilità del debitore». Simile ci pare l'opinione recentemente espressa da Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 170 secondo il quale «nel campo contrattuale il problema della selezione delle conseguenze risarcibili è normalmente superato dalla regola che esclude la responsabilità per i danni imprevedibili (art. 1225 cod. civ.)»

[185] L'espressione è di di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 163. Cfr. Id., *La tutela civile dei diritti*, cit., 219.

[186] V. M. De Giorgi, *Danno, Teoria generale*, Enc. giur., Vol. X, 1988, 7.

Traccia di quanto ora sostenuto può agevolmente riscontrarsi nel verbale della riunione della commissione delle assemblee legislative del 31 maggio 1940 che ebbe ad occuparsi del tema[187]. Ragionando della provvisoria estromissione della prevedibilità dai criteri di determinazione del danno il commissario Tumedei «osserva che nel campo del contrattuale il criterio della prevedibilità poteva essere un limite opportuno»[188], gli risponde il commissario Giaquinto che tale criterio «non è stato soppresso; in materia di norme generali non poteva essere considerato, si potrà vedere in sede di contratti, se sia il caso di ripristinare tale norma»[189] ossia tale prevedibilità era incoerente con la concezione unitaria di danno che si voleva seguire come ben rileva lo stesso Tumedei che «teme che la soppressione di questa norma sia stata fatta a ragion veduta in relazione al principio di voler stabilire una teoria generale per tutte le obbligazioni nei riguardi della prestazione di risarcimento. Siccome le ipotesi di prestazione di risarcimento del danno sono per il 90 per cento di natura contrattuale [erano, quelli, altri tempi], si domanda se in riferimento ai contratti non possa essere mantenuta la norma relativa alla prevedibilità, che è di stimolo alla loro conclusione e quindi opportuna nella pratica degli affari»[190]. La versione definitiva del codice dimostra poi chi ebbe la meglio, ma è qui possibile formulare due ragionamenti sullo stralcio del verbale riportato: 1) la prevedibilità, almeno nelle intenzione di chi la perorò in quella sede, non doveva applicarsi alle obbligazioni in generale ma solo ai contratti e sarebbe pertanto stato preferibile mantenere il riferimento al "momento in sorge il contratto", come faceva il codice del 1865, in tal caso però sarebbe stato altrettanto preferibile collocare la norma all'interno della disciplina dei contratti in generale e non in sede di obbligazioni; 2) se è vero che la prevedibilità veniva considerata incompatibile con la concezione unitaria e se altrettanto vero che poi la prevedibilità fu inserita nel codice, deve desumersene che la concezione unitaria è stata una forzatura che neanche il legislatore del '42 ha ritenuto di perorare fino in fondo.

---

[187] Atti della commissione delle assemblee legislative, libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: "della tutela dei diritti", Roma, 1940, 50.

[188] *Ibidem*. Interessante è poi il proseguo dell'argomentazione del consigliere Tumedei che pone in stretta connessione l'attuale 1225 con l'attuale 1227 sul presupposto che «molte volte questo criterio [la prevedibilità] è supplito al dovere giuridico che ha il creditore di eliminare o ridurre il danno con il suo contegno attivo. Ad esempio se un meccanico si è obbligato a consegnare una macchina per un determinato giorno, la mancata consegna può causare un danno enorme molto superiore alla entità della fornitura. Spesso il creditore potrà eliminare questo danno rifornendosi altrimenti: ma tuttavia qualche volta, nonostante la solerzia, può mancare al creditore la possibilità di ovviare al danno. Il criterio della prevedibilità era un limite saggio; prega quindi la Commissione di riflettere prima di sopprimerlo».

[189] Ibidem.

[190] Ibidem.

2.1.2. (segue) l'art. 1225 e la limitazione del danno risarcibile.

Tornando sul tema dell'irrisarcibilità di ciò che eccede l'interesse oggettivo del creditore segnaliamo due letture di questa, che sono due differenti argomentazioni dello stesso principio.

La prima lettura mette radici nella dottrina del codice abrogato, che a sua volta le ricollega a Molineo e Pothier[191], la quale poneva a stretto ridosso l'estensione dei danni risarcibili con la volontà contrattuale poiché, sosteneva Pothier «quando non si può rimproverare al debitore alcun dolo […], allora non è tenuto se non ai danni ed interessi che all'epoca del contratto poteva prevedersi che il creditore potesse soffrire dall'inadempimento dell'obbligazione; perche si reputa che il debitore non siasi sottoposto che a questi»[192], pertanto il risarcimento del danno altro non era che una «convenzione accessoria tacitamente accettata dal creditore», convenzione che non poteva chiaramente estendersi al dolo del debitore[193] (il quale «contiene la volontà di tutto il male che potrà seguire», per dirla con Domat[194]), in virtù di quel «principio generale»[195] cristallizzato ora nell'art. 1229: è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

Quest'interpretazione della prevedibilità fondata su un accordo implicito fu definita "figlia del suo tempo", un tempo in cui la volontà veniva (forse fraudolentemente[196])

---

[191]Cfr. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 597, che da conto della considerazione «comunemente ripetuta, [che] consiste in un presunto accordo della parti sulla diligenza da prestarsi e sulla relativa responsabilità, dov'è naturale il pensare che non siansi impegnati a rispondere dei danni non previsti né prevedibili»; Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, cit., 569.

[192] R.J., Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, Napoli, 1819, n.160, 139; il ragionamento viene poi ripreso dal commentatore del Code C. Demolumbe, *Cours de Code civil*, Bruxelelles, 1868, nn. 578 e 598 rispettavamente alle pagine 204-214, secondo il quale la «*vraie cause de l'obbligation susidiaire des dommages-intérets réside dans une cluse tacite de la convention elle-meme par laquelle le débiteur consent à indemniser le créancier pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée* […] *il n'est pas possible de supposer une clause par laquelle les parties, prévoyant le dol de l'une d'elles, auraient voulu restreindre la responsabilité*».

[193] V. Macardé, *Explication théorique et pratique du code civil*, IV, Paris, 1852, 419, riportato anche da Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit, 143

[194] G. Domat, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, libo III, tomo V, sez. II, n.11.

[195] Così si esprime Corte cost. 22 novembre 1991, n. 420, Foro it., 1992, I, 642, con note di G.Ponzanelli e F.Cosentino che rileva «un principio generale, conforme alla tradizione giuridica europea, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipende da dolo o colpa grave». Cfr. G. Grisi, *Il principio di integrale riparazione del danno*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 181 ss.

[196] Cfr. A, Menger, *Il diritto civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'Impero germanico*, Trad it., Torino, 1984, *passim* che riprende un ragionamento svolto in più parti da C. Marx, *Il capitale*, (consultato nell'edizione) Roma, 2008, ad es. 145.

sovrastimata nella costruzione dei rapporti giuridici[197], un tempo che già nei primi del novecento poteva considerarsi concluso[198] come ben dimostrano le parole di Carnelutti, secondo il quale: «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»[199].

Resta da comprendere quale sia la volontà della legge[200], o meglio la sua *ratio*[201], e dalle considerazioni che andremo a svolgere è possibile intravedere una nuova vita per l'antica *ratio*[202].

In tempi più recenti un'ulteriore giustificazione è stata fornita da chi ha impostato il discorso della responsabilità civile sul dualismo costi di precauzione-costi di risarcimento, costruendo l'embrione dell'ingresso del paradigma dell'efficienza all'interno dell'argomentazione giuridica[203].Un esempio che vale qui riprendere se non altro per l'immaginazione dell'autore[204], vede un grande violinista e compositore che per scrivere "la grande sinfonia proletaria" decide di andare a lavorare in una acciaieria. È necessario farlo per immedesimarsi nei lavoratori e trarne, di conseguenza, ispirazione. Nessuno nell'acciaieria è a conoscenza della reale identità del violinista poiché questo minerebbe la genuinità dei rapporti in fabbrica, vanificando il processo di immedesimazione. Poniamo poi che nel compimento del suo lavoro nell'acciaieria il violinista perda una mano. In tal caso è molto probabile – continua l'autore – che il violinista non possa ottenere un risarcimento maggiore del valore della mano di un normale operaio, anche se tale mano in realtà vale molto di più. l'autore riconosce poi

---

[197] Cfr. *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, passim.

[198] V. per il concomitante abbandono francese, Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 15.

[199] F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, Studi di diritto civile, Roma, 1916, 324; v. anche V. Polacco, *Delle obbligazioni, parte generale, Della transazione*, Roma, 1921, 654, secondo il quale «l'obbligazione del risarcimento deve discendere dall'inadempimento imputabile in sé per sé, come cosa *contra ius*, non già da presunzione di accordi fra le parti».

[200] Ritiene che venuto meno la *ratio* dell'accordo implicito è venuto meno in generale proprio il principio della limitazione del danno al prevedibili A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, Le regole di comportamento, Milano, 1974, 182, che pone l'argomento all'interno di un generale tentativo di demistificare la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

[201] «L'individuazione della misura del danno risarcibile non è […] problema di misurazione di una certa quantità di qualcosa di dato ma l'individuazione di un fine, per quanto vago, perseguito attraverso la norma di responsabilità» così Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 170 che formula il virgolettato nella descrizione dell'analisi di Fuller e Perdue sul danno contrattuale, L.L. Fuller- W.R.Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, Yale L.J., 1932, 52 ss.

[202] Non a caso in una delle monografie più recenti (2012) in tema di danno contrattuale, a torto o a ragione, si sostiene che «la commisurazione della responsabilità alle sole conseguenze prevedibili favorisce un collegamento tra responsabilità risarcitoria e volontà effettiva del promittente». Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 196.

[203] Sul contributo dell'analisi economica del diritto al dibattito sul danno contrattuale v. Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 207.

[204] Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 39, l'esempio viene poi ripreso ed analizzato a pag. 96.

che nel caso in cui la mano del violinista fosse stata menomata in un incidente automobilistico, di certo il violinista si vedrebbe risarcita per intero «la sua mano molto costosa»[205].

In altre parole, nell'esempio ora formulato, il lucro cessante conseguente al danno biologico, ossia quanto il violinista non potrà più percepire dalla sua attività di grande violinista, non viene risarcito contrattualmente laddove sarebbe risarcito extra contrattualmente[206], e già questo dà l'idea di una certa distinzione tra il danno contrattuale ed extracontrattuale[207] distinzione che risiede, per l'appunto – facendo così rivivere la dottrina passata – nell'incontro (implicito) delle volontà su un determinato punto (accordo ontologicamente estraneo alla responsabilità tra passanti[208]) dimostrabile in negativo sulla semplice considerazione che, se la direzione dell'acciaieria avesse saputo ciò a cui andava incontro assumendo il soggetto che non sapeva essere un grande violinista, probabilmente si sarebbe ben guardata dall'assumerlo[209].

Celando la sua reale identità il violinista ha falsato «il rischio calcolabile al momento del contratto»[210] – il «*risque accepté*», di cui già parlò Demolombe[211] o per usare un linguaggio più moderno: gli elementi sensibili per effettuare «scelte economicamente efficienti»[212] necessarie per «distribuire tra i due contraenti le conseguenze patrimoniali negative legate alla mancata esecuzione del contratto, in proporzione al rischio assunto da ciascuno di essi»[213] – e se l'ordinamento in casi come questo preferisce, dunque, tutelare il danneggiante piuttosto che il danneggiato (che non si vedrà integralmente

---

[205] Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 39.

[206] Poiché «il far pagare all'acciaieria più del costo del danno subito ad una mano ordinaria di un operaio, non produrrebbe incentivi significativi per una maggiore sicurezza per la mano del violinista, alzerebbe (e forse senza necessità) gli *standards* di sicurezza riguardanti tutti gli impiegati le cui mani non hanno un valore particolare o richiedono particolare cura» (Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 96). Lasciamo da parte l'argomentazione con cui l'autore giustifica la non applicabilità di tale criterio alla colpa extracontrattuale, che sarà in seguito ripresa, premettendo che l'autore stesso ritiene che in ambito extracontrattuale un risarcimento che comprende l'imprevedibile è un risarcimento che non stimola un differente livello di precauzione.

[207] Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 95.

[208] Sulle origini (francesi) di tale indirizzo v. Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 14 nota 60.

[209] Non è poi così vero, dunque, che come diffusamente affermato l'entità del risarcimento deve essere tale da porre il creditore nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse verificato. Qui il violinista non viene posto nella stesa situazione ma nella medesima – diversa – situazione in cui si sarebbe trovato se non fosse stato un violinista.

[210] Il lessico è ripreso, tra gli altri, da Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 100 secondo il quale L'art. 1225 «limita la responsabilità per inadempimento colposo al rischio calcolabile al momento del contratto» lo stesso autore ha ripreso il tema in tempi recenti in Id., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 172 ss.; cfr. Pucella, *La causalità «incerta»*, cit, 266; di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 203.

[211] Demolombe, *Cours de Code civil*, cit., n. 589, 208.

[212] Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 196.

[213] Così Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 67.

risarcito) è – come già emerso dal frammento riportato sopra del verbale della Commissione delle assemblee legislative – «per non dissuadere il soggetto dall'assumere un'obbligazione»[214], ossia incrementare i traffici giuridici[215] che – come già avvertiva Polacco – «rallenterebbero il moto» dinnanzi ad una regola di risarcimento che non si limiti a quanto *ex ante* accertabile[216]. L'utilità dell'incremento dei traffici spiega anche l'eccezione dolosa al limite della prevedibilità poiché «l'art. 1225 sta a dire che il soggetto è libero di scegliere se contrattare o meno, confidando sul limite della prevedibilità del danno, ma che egli non potrà poi contare su quello stesso limite per scegliere se mantenere o meno il contratto, la regola di prevedibilità […] vale ad incentivare il traffico giuridico; ebbene, se il debitore ne potesse fare un parametro valutativo su cui decidere la sorte del contratto, detta regola rischierebbe di condurre ad un effetto contrario: invero l'operatore economico è disincentivato dal concludere affari sapendo che la sua controparte serba il potere unilaterale di liberarsi dai conseguenti obblighi»[217].

Per focalizzare meglio la correlazione biunivoca tra obbligazione e risarcimento, con particolare attenzione ai costi di precauzione facciamo quest'esempio[218]: Tizio nota sulla bancarella dell'usato di Caio il bene X al prezzo è 5, Tizio sa invece che il reale valore di mercato è 5000, concluso il contratto e perciò passata la proprietà, Caio si impegna a consegnare il bene a Tizio, presso il suo domicilio, il giorno dopo. Nella strada per andare da Tizio, poniamo sull'autobus, il bene viene sottratto a Caio che si presenta alla porta di Tizio mortificato ma pronto, se il pagamento era già avvenuto, a ridare in dietro il controvalore di 5 percepito il giorno prima. A questo punto Tizio

[214] Il lessico è ripreso da Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica*, cit., 419 secondo il quale l'art. 1225 serve «per non dissuadere il soggetto dall'assumere un'obbligazione».

[215] «è sufficiente riflettere sul punto che nell'ambito della responsabilità contrattuale le tecniche di limitazione del danno possono svolgere un ruolo di disincentivo in ordine all'assunzione di vincoli negoziali, nella misura in cui si dimostrino troppo gravosi; e sul fatto che la possibilità di conoscere in anticipo il costo della responsabilità ne facilita un assorbimento senza scosse nell'assetto finanziario del patrimonio del debitore, consentendo, peraltro, il ricorso da parte dei contraenti al meccanismo assicurativo», così, G.Visentini, introducendo Pinori, *Il danno contrattuale*, I, Principi generali e tecniche di limitazione giudiziale del risarcimento, cit., XII.

[216] Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 586.

[217] così, Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 229-230 (note omesse). Aggiungiamo qui che, dunque, il c.d. inadempimento efficiente è efficiente solo per la parte che lo pone in essere, dal punto di vista macroeconomico l' inefficienza complessiva sul sistema degli scambi si rileva per il tramite dell'affievolimento della fiducia sul rispetto del vincolo obbligatorio.

[218] Ricalcato sull'esempio di J. Carbonnier, *Droit civil*, paris, ult. ed. 2004, 2193 ss., che vedeva un trasportatore con un baule che non sapeva contenere oggetti preziosi. Dell'esempio danno conto P. Morozzo della Rocca, *Inadempimento del preliminare e prevedibilità del danno*, commento a Cass. 30 gennaio 2007, n. 1956, Corr. giur., 2008, 1150 e Tuccari, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 573.

sostiene che il danno derivante dall'inadempimento di Caio è di 5000[219] ed anzi mostra a Caio il contratto con cui il giorno prima, in serata, il bene era già stato rivenduto a Sempronio che per garantirsi aveva richiesto di apporre una clausola penale di 6000.

Se avesse saputo dell'effettivo valore della sua prestazione – sostiene Caio – di certo non avrebbe preso l'autobus.

Ed ecco che si palesa come, nella giusta osservazione di Caio, supportata anche da precedenti giurisprudenziali[220], il grado di diligenza nell'adempimento è speculare all'entità delle conseguenze dell'inadempimento[221] e che, pertanto, dato un certo valore ad una prestazione su di questo può parametrarsi l'eventuale risarcimento, poiché su questo valore il debitore è lecitamente tenuto a conformare il suo livello di diligenza[222] che deve necessariamente riannodarsi al contratto poiché, può sintetizzarsi, «la misura dello sforzo dovuto dipende dalla volontà delle parti»[223]. Sarebbe diseconomico – per dirlo con l'autore dell'esempio del violinista nell'acciaieria[224] – richiedere a Caio uno standard di precauzione (*rectius*: un livello di diligenza) superiore, ma non solo. I costi di precauzione sono, per l'appunto, un costo (nell'esempio ora prospettato sintetizzabili nel differente costo di un autobus rispetto ad un taxi, taxi che avrebbe minimizzato il rischio furto), un costo che andrà ad influenzare la controprestazione spostandone il

---

[219] Simile esempio viene svolto da Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 272 ss.

[220] Il caso è quello del trasporto di beni del cui reale valore viene taciuto al vettore, ossia la concretizzazione dell'esempio di Carbonnier su cui abbiamo modellato il nostro esempio. *Ex multis*: Cass. 16 febbraio 2000, n. 1712, Nuova giur. civ. comm., 2000, 625 ss. con nota di M. Dellacasa, *Reticenza del mittente e responsabilità del vettore per il furto dei beni trasportati*.

[221] Cfr. M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 513-514 secondo il quale se il creditore «rende evidente che la prestazione ha per lui un particolare valore – destinato ad essere risarcito in caso di inadempimento – il debitore adegua le misure assunte e il corrispettivo richiesto alla misura della sua responsabilità; se invece il valore della prestazione non viene evidenziato il debitore commisura lo sforzo al danno prevedibile».

[222] Il punto è chiaro in Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 644: «chi si assume contrattualmente un obbligo deve adottare tutte le "misure che assicurino probabilmente i risultati dovuti": così, l'impresa che trasporta ferraglia pretende un corrispettivo adeguato all'obbligo assunto; se il trasporto riguardasse cose preziose, la parte debitrice dev'essere messa al corrente al fine di decidere se sia conveniente assumere costi maggiori di custodia e pretendere un maggior corrispettivo»; cfr, sul punto anche la nota di G. Alpa, *La responsabilità del vettore nel trasporto di cose su strada: problemi attuali e profili di una riforma*, nota a Cass., 8 giugno 1979, n. 3268, Giur, it., 1981, I, 1737 ss.; cfr. anche Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 48; Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 210 e Trimarchi, *Causalità giuridica e danno*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, cit., 5 che si domanda e si risponde: «perché la responsabilità per inadempimento colposo è limitata? Perche chi si assume un impegno deve esercitare un certo sforzo (che, trattandosi di attività d'impresa, vuol dire spesa di una certa quantità di denaro) per adottare certe misure che assicurino probabilmente i risultati dovuti. Ora, questo sforzo è giusto che sia commisurato all'importanza dell'impegno preso e questa deve essere giudicata nel momento in cui ci si impegna».

[223] Così Mazzamuto, *Le Nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 752.

[224] Cui aggiungiamo un frammento di Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 172 secondo il quale «una disciplina appropriata della responsabilità contrattuale deve istituire incentivi, per il debitore e per il creditore, tali da indurli ad adottare, ciascuno nella propria sfera, quelle misure di prevenzione del danno che costituiscano la combinazione più efficiente».

punto d'equilibrio, un equilibrio, quello contrattuale, che dunque può essere visto come la pietra angolare della vicenda[225].

Incidentalmente segnaliamo la suggestiva idea espressa in dottrina che scorge in quanto descritto «un solido fondamento nella capacità della regola di fornire gli opportuni stimoli affinché le parti agiscano efficientemente e, in particolare, si comunichino le informazioni rilevanti ai fini della conformazione del contenuto contrattuale e della c.d. "economia dell'affare". In questo senso, si può dire che il conoscere gli interessi che il creditore intende soddisfare attraverso la prestazione, contribuisce ad orientare il debitore sia nella scelta delle risorse che deve opportunamente dedicare all'adempimento, sia nella richiesta del corretto corrispettivo, determinato, per l'appunto, in relazione allo sforzo debitorio che dovrà erogare (ed al rischio di responsabilità cui si sottopone)»[226]. Nell'esempio che ci ha occupato ciò vorrebbe dire ricondurre il minore risarcimento (rispetto al valore di mercato) accordato all'acquirente, ad una sua "scorrettezza" in senso lato, scorrettezza di cui si è giovato, o meglio di cui si sarebbe giovato incamerando il valore differenziale tra il prezzo pattuito e l'effettivo valore del bene. L'idea come detto è suggestiva, ma ci permettiamo però di correggere di poco il tiro della ricostruzione invitando a riflettere sul dato che questa, per così dire, "prevedibilità in funzione di riequilibrio d'asimmetria informativa" non agisce da stimolo, come sostiene l'autore, ossia non agisce come motivazione *ex ante* ma agisce esclusivamente *ex post* in sede di determinazione del danno, come appare evidente solo a considerare che se l'acquirente fosse stato "onesto", ed avesse per tanto

[225] Cfr. anche lo spunto di Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 268, che giustamente poi specifica che «non necessariamente […] un danno "abnorme" comporta l'alterazione dell'equilibrio del rapporto obbligatorio; ciò non accade quando il danno si colloca nell'ambito di rischio di cui il debitore deve farsi comunque carico»; cfr. anche Cosentino, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, Quadr., 1988, 484 ss.; il collegamento del 1225 all'equilibrio contrattuale ha suggerito ad alcuni un suggestivo parallelismo con la risoluzione per eccessiva onerosità sopravenuta ex 1467. V. Morozzo della Rocca, *Inadempimento del preliminare e prevedibilità del danno*, cit., 1148; Tuccari, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 579. In questo solco collochiamo anche Dellacasa, *Adempimento e risarcimento*, cit., 515 che scrive: «la disciplina delle sopravvenienze, l'esecuzione forzata mediante surroga e la limitazione del risarcimento del danno al prevedibile riducono, insieme, il rischio gravante sul debitore che teme di non riuscire ad adempiere in dipendenza di circostanze sopravvenute. L'effetto combinato delle scelte compitiate dal legislatore italiano è quello di contenere l'impatto dei rimedi contro l'inadempimento sulla posizione del debitore e favorire, così, la conclusione del contratto». Cfr. anche quanto a suo tempo scritto da Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 198 che discorrendo della prevedibilità del danno come limite al risarcimento scrive che «un trasporto di *Capitale* [?], una guerra improvvisa, un'epidemia rarissima, possono talvolta alzare a sbalzi favolosi i prezzi delle cose, delle derrate e degli animali; ma non c'è contraente, anche accorto e sperimentato, che possa prevederli, quando al momento del contratto tali eventualità non siano sospettate da chicchessia».

[226] Così, Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 195-196; cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*,II, applicazioni, cit., 179 Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 266 che riferisce di taluni «limiti all'efficacia di questa funzione di *disclosure*»

segnalato al venditore l'effettivo valore del bene, è logico pensare che contemporaneamente avrebbe perso l'interesse a concludere quello che in alternativa si sarebbe rivelato un grande affare.

Riprendendo il discorso, la questione dell'equilibrio contrattuale (o per essere più precisi: l'equilibrio tra risarcimento e controprestazione) diviene centrale nella prestazione di beni e servizi aventi costi standard[227], ossia costi impermeabili allo specifico interesse del creditore[228]. Si pensi al ritardo d'un aereo che può determinare – a seconda del viaggiatore – un grave danno o un danno irrisorio, ma questo non interviene in alcun modo ad influenzare la contro prestazione. In questi casi l'ottimo sarebbe una contrattazione individualizzata per ogni contratto, con conseguente adeguamento della tariffa allo specifico interesse del creditore. I contratti standard, però, nascono proprio dalla necessità di dinamizzare la contrattazione al punto da ridurre questa ad un sistema binario accettazione-non accettazione ed il "beneficio sociale" di questa limitazione si manifesta nel costo del servizio che sarà di certo meno caro rispetto ad un omologo che introiettasse – senza preventivo "accordo" sul rischio che diverrebbe pertanto calcolabile (e dunque assicurabile) – lo specifico interesse del creditore[229] e di tale "beneficio sociale" sembra essersi fatto carico il codice, non senza temperamenti, laddove ha tipizzato determinate responsabilità all'interno della disciplina dei singoli contratti: si pensi all'art. 1696 in tema di calcolo del danno in caso di perdita o avaria del bene oggetto del contratto di trasporto, all'art. 1783 ult. comm., che disciplina il risarcimento nell'ipotesi di responsabilità dell'albergatore per le cose portate in albergo, l'art 1905 sui limiti del risarcimento a cui è tenuto l'assicuratore (particolarmente significativo per il nostro tema per il secondo comma a mente del quale: l'assicuratore risponde del profitto sperato solo se si è espressamente obbligato),

[227] Cfr. Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno,* cit., 197 ss.

[228] Da non confondere con i beni aventi un prezzo corrente (artt. 1515, 1516 e 1518) dove l'esplicita considerazione del "maggior danno" (art. 1518 primo comma) rende possibile l'introiezione dell'interesse ulteriore, rispetto la prestazione, del creditore.

[229] Cfr. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 143 ss. Tale ultimo argomento può anche intravedersi in chi (C. Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, Le operazioni bancarie, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, 479 ss.), in tema di responsabilità da cassette di sicurezza *ex* 1839, ed interrogandosi su quello che era il nuovo art. 2 delle c.d. norme uniformi: «l'uso della cassetta è concesso per la custodia di cose di un valore complessivo non superiore a lire…» da conto del fatto che questo (499) «fa dipendere la misura della controprestazione dal valore che il cliente si obbliga a non superare effettuando il deposito» e ciò perche, ed il passaggio è cruciale «essa stipula a sua volta un contratto di assicurazione il cui premio cresce con l'aumentare dei valori depositati» e dunque «la somma dovuta dal cliente cessa di essere il puro corrispettivo della prestazione di sicurezza e diventa, dedotto il canone in senso proprio, il costo dell'assicurazione per la responsabilità civile della banca».

nonché l'art 1908, sempre in tema di assicurazioni, sui criteri (temporali) di valutazione del bene assicurato. Della dinamica sottesa ai criteri di determinazione del danno dinnanzi a contratti aventi costi standard si è occupata anche la Corte costituzionale[230], relatore Mengoni, formulando un ragionamento simile a quello appena compiuto, ma aggiungendo a questo che l'eventuale limite nell'entità del risarcimento può costringere la controparte fedele ad assicurarsi vanificando così, di fatto, l'utilità generale insita nel contenimento del prezzo del servizio[231].

2.1.3. (segue) l'art. 1225 e l'estensione del danno risarcibile.

Enucleiamo da quanto fin qui argomentato che la stima di un danno contrattuale non è una mera stima ma un procedimento complesso che involge sulla sostanza stessa del rapporto obbligatorio[232] e in questo trova il primo dei suoi criteri di valutazione[233] (con importanti conseguenze sul c.d. principio di riparazione integrale del danno[234]) da qui lo scarso interesse di questo lavoro nei confronti della teoria della differenziazione – teoria

[230] Corte cost. 22 novembre 1991, n. 420, Foro it., 1992, I, 642, con note di G.Ponzanelli e F.Cosentino.

[231] Per l'inquadramento della sentenza all'interno della concettualizzazione del c.d. principio di integrale riparazione, v. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione,* cit., 180 ss.

[232] Quanto scritto si pone in diretto contrasto con quanti affermano che «dall'inadempimento del venditore deriva sempre il risarcimento del danno pari alla differenza tra il (maggior) prezzo di mercato del bene e il (minor) prezzo contrattuale». Così Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno,* cit., 126-127; ragionamenti analoghi in Smorto, *Il danno da inadempimento,* cit., 88 nota 4. Il punto di divergenza tra quanto è stato e sarà affermato in questo lavoro e la ricostruzione di Gnani è ben più ampio di quanto potrebbe far pensare questa piccola divergenza d'opinione. L'obbiettivo di Gnani è infatti quello di avvicinare il danno contrattuale a quello extracontrattuale, obbiettivo uguale e contrario rispetto al nostro. Che tale obbiettivo debba passare per il risarcimento sempre e comunque del valore di mercato di un bene è ben spiegabile dal fatto che, così facendo, viene a sovrapporsi il risarcimento del danno extracontrattuale con quello contrattuale e dunque avviene che «ancora una volta responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si comportano allo stesso modo; a rilevare sono le caratteristiche del bene coinvolto nell'evento dannoso», *Ibidem*, 127. Cfr. sul punto le analoghe considerazioni di Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione ancora attuale?*, cit., 86.

[233] Per via assolutamente diversa, arriva circa alla stessa soluzione R.J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni,* Napoli, 1819, n.164, 145 laddove ritiene che il risarcimento va parametrato al prezzo di mercato, ma poi tempera la rigidità di tale regola con il potere equitativo del giudice di ridurre il risarcimento, potere che precisiamo essere limitato al caso in cui, come nell'esempio, il prezzo di mercato e il valore della controprestazione siano divergenti in maniera strabiliante. Cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., p 145; Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 184 ss. spec. nota 76. Sul valore della controprestazione nella valutazione della prevedibilità v. anche Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica*, cit., 420 ss.

[234] Già Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 190 riconosce che «lo ammettere, che il prezzo risarcibile debba limitarsi alla somma prevista [leggi: prevedibile], quando questa riesce inferiore alla realtà delle cose, equivale a non indennizzare completamente il creditore. non v'è dubbio; ma è quello precisamente che vuole la legge per usare un riguardo al debitore scevro da dolo. Si censuri la legge, se si crede ingiusta, ma non si travisi».

impermeabile all'introiezione di tale criterio[235], proiettata com'è su una «dimensione essenzialmente contabile[236]» – e l'emersione della peculiarità di quell'elemento della fattispecie di risarcimento che è il danno, elemento astrattamente autonomo dall'inadempimento, ma a questo giuridicamente legato in rapporto di interdipendenza[237] al punto da revocare in dubbio quanto ventilammo nel primo capitolo[238], ossia che la "fattispecie inadempimento" si potrebbe distingue dalla "fattispecie risarcimento", laddove, invece, la seconda è chiaramente un effetto, ulteriore ed eventuale, della prima[239], come d'altronde sembrerebbe suggerire anche l'art.1173, che tra le fonti dell'obbligazione (qui risarcitoria) non mette l'inadempimento[240].

Quanto descritto potrebbe ora far propendere per un salto in dietro dell'elaborazione sistematica dell'istituto di circa mille e cinquecento anni, ossia alla Costituzione di Giustiniano[241] la quale, come è noto, in caso di inadempimento dell'obbligazione contrattuale (i c.d. casi certi) prevedeva un risarcimento che non poteva superare il doppio della controprestazione[242] e specifichiamo, il risarcimento comprendeva la

---

[235] Sembra concordare sul punto di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 233secondo il quale la teoria della differenzazione «ha come punto di riferimento il torto aquiliano più che l'inadempimento contrattuale».

[236] L. Nivarra, *I rimedi specifici, le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 343; cfr. anche Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 84 che sottolinea l'inidoneità del danno come differenza di marcare una – invece doverosa – distinzione tra danno contrattuale ed extracontrattuale.

[237] E ciò porta inevitabilmente alla luce la dimensione normativa di tale tipo danno poiché inevitabilmente viene a prodursi un cortocircuito tra lesione del diritto e conseguenze negative di questo, caratteristica quest'ultima che già fu rilevata essere la caratteristica della c.d. concezione normativa del danno, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 152.

[238] Capitolo 1, paragrafo 22.

[239] Cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, 19 dove l'autore sostiene che le disposizioni sul risarcimento hanno questa peculiarità: «che esse sono norme sulla sanzione, sull'effetto giuridico (dell'inadempimento) e che, però, questo effetto è in esse determinato e descritto facendo riferimento all'effetto concreto della condotta sanzionata. Ciò fa si che ricostruzione del fatto concreto e determinazione dell'effetto giuridico si prestino singolarmente ad un reciproco condizionamento: il modo in cui è pensato l'effetto concreto (dell'inadempimento) influisce specificamente sul modo in cui è intesa la sanzione; ma il modo in cui appare espressa la sanzione a sua volta condiziona il modo in cui è percepita la realtà effettuale».

[240] Cfr. G. Grisi, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, Studi in onore di Davide Messinetti, v.II., Napoli, 2009, 111. V. anche Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 657 secondo il quale «l'interdipendenza e la consecuzione all'insegna dell'identità tra l'originario vincolo inadempiuto e la successiva responsabilità […] è una caratteristica confermata anche dal sistema della responsabilità contrattuale […poiché] la limitazione delle poste di danno da risarcire alle sole perdite prevedibili "nel tempo in cui è sorta l'obbligazione" svela il carattere unitario del rapporto obbligatorio e la successione del risarcimento all'obbligo primario inattuato».

[241] V. per il testo della costituzione Lupoi, *Il dolo del debitore*, cit., appendice al primo capitolo.

[242] Bibliografia «senza far professione di storico» si trova in Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, 34 nota 25. Cfr. anche C.A Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1966, *passim*.

restituzione del prezzo pagato e le spese di vario genere compiute in occasione del contratto[243].

Dobbiamo invece rilevare che proprio l'allontanamento da tale sistema costituisce un baluardo dell'attuale diritto dei contratti, riflesso di un incontestato mutamento dell'ordine economico di cui si darà conto a breve, e pertanto di tale allontanamento non può che prendersi atto[244].

L'abbandono della centralità della controprestazione nella valutazione del danno è, infatti, servito per «conferire rilevanza al nesso funzionale tra prestazione e le sue utilizzazioni economiche»[245] e pertanto espandere la responsabilità contrattuale «a quel pregiudizio che il creditore può subire nei suoi affari in seguito alla prestazione di un bene inidoneo all'uso per il quale era stato venduto»[246] e aggiungiamo come approdo che «il danno, dunque, non solo deve essere commisurato alla prestazione mancata ma deve essere anche nella "contemplation" delle parti»[247]. Non stiamo parlando d'altro che dei danni c.d. consequenziali e troviamo un ulteriore riscontro della sovrapponibilità di tale categoria di danno con i danni *extra rem* nell'affermazione secondo cui, proprio alla risarcibilità di tali danni mirava l'emancipazione del danno dalla controprestazione[248].

Avevamo già fatto riferimento alla doppia interpretazione di questi danni *extra rem*, danni in cui rientra(va) il lucro cessante, doppia interpretazione che come detto, secondo Schupfer e Polacco ne aveva decretato l'abbandono, sosteniamo, invece ora, che l'interpretazione era unica, ciò che era cambiato era la loro risarcibilità. Schupfer e Polacco sbagliavano nel ritenere compatibile l'insegnamento di Paolo con quello di Molineo e Pothier, o meglio il secondo un'evoluzione del primo laddove, invece, il secondo era la contraddizione del primo[249]poiché il ritenere il danno *extra rem* un danno

---

[243] Ibidem, 54.

[244] Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 180-181 definisce tale dato incontestabile: «occorre porre il creditore in una posizione economicamente equivalente a quella in cui si sarebbe venuto a trovare se l'adempimento si fosse realizzato e, per far sì che ciò accada, l'utilità che si associa al risarcimento va apprezzata nella portata più estesa, non certo limitata al valore della prestazione ineseguita».

[245] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 42.

[246] *Ibidem*, 43.

[247] Così, mettendo poi significativamente tra parentesi l'art. 1225, A. di Majo, *Una* new age *per le tutele contrattuali?*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 8 che ci permette in questo modo di ribadire la vicinanza della costruzione in questione con la c.d. regola di Hadley.

[248] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 44: Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 148. Cfr. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 653 secondo il quale il risarcimento è attuazione (solo) economica dell'obbligazione «ma ciò ovviamente non esclude che il perimetro del risarcimento possa rivelarsi più ampio di quello segnato dal valore economico dell'interesse rimasto non realizzato, abbracciando anche […] le conseguenze ulteriori dell'inadempimento».

[249] Sul "fraintendimento" da parte della dottrina successiva di Molineo v., Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 45.

mediato, e dunque irrisarcibile, o il ritenerlo un danno ulteriore, ma comunque risarcibile, sottintende sempre l'emersione della distinzione tra la prestazione (e il suo valore) e l'interesse oggettivo del creditore (e il suo valore) che nella prestazione non si esaurisce[250].

Se poi lo stesso danno divenne ad un certo punto della storia risarcibile, è per via del mutato rapporto tra merci e denaro insito nel passaggio dal sistema economico feudale a quello capitalistico[251]. La piena risarcibilità del lucro cessante è la cartina di torna sole di tale mutazione che vede l'economia spostarsi – come rilevato da Marx, e come non ignorato da Giorgi[252] – da un sistema in cui il denaro è un mezzo per scambiare merci ad un sistema in cui il denaro è il fine dello scambio di merci[253], ossia da un sistema M-D-M ad un sistema D-M-D^1 all'interno del quale centrale diviene il lucro, che per l'appunto rappresenta quel piccolo 1 sopra la seconda D, ossia la differenza tra il denaro investito e il denaro obbiettivo dell'investimento. Con il mutato sistema economico «si generalizza un modello di scambio non più legato al consumo diretto (cioè alla soddisfazione dei bisogni personali dei suoi protagonisti), ma sistematicamente operato in funzione di scambi successivi ed esclusivamente determinato dallo scopo di lucro»[254]

---

[250] Il dubbio che riguarda il danno da inadempimento, ossia se debba parametrarsi al valore della prestazione inattuata o al pregiudizio effettivamente risentito, costituisce il nodo più rilevante da sciogliere nella definizione delle coordinate del risarcimento per Grisi, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria,* cit., 132 nota 83.

[251] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico,* cit, *passim*, tesi riportata ed avallata anche da Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 48-49 e da Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 145. Cogliamo l'occasione per segnalare come questa l'interdipendenza tra danno e realtà sociale può considerarsi un buon indice di quanto affermato da G. Crifò, *Danno (storia),* End dir., XI, Milano, 1962, 615, in proiezione della relativizzazione del concetto di danno. Segnaliamo in fine per una prima panoramica dell'incidenza del sistema capitalistico sul diritto privato P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2007.

[252] Scrive Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 196-197 che «è troppo notorio l'uso del secolo corrente di non tenere ozioso o morto il danaro, ma di cavalcarne il frutto lecito al più che sia possibile […]» e prosegue poi evidenziando come «la facilità e la smania d'impiegare il danaro sono venute a tale, che la ricchezza, come dicesi, mobiliare, sorpassa di gran lunga la ricchezza immobiliare, e la vita economica moderna consiste principalmente nell'impiego fruttifero dei capitali!».

[253] Marx, *Il capitale*, cit., 98 ss. per il rapporto M-D-M; *Ibidem*, 125 ss. per il rapporto D-M-D; *Ibidem*, 128 ss. per l'analisi del D^1. Cfr. sui risvolti giuridici di tale mutazione anche A. di Majo, *Obbligazioni pecuniarie*, Enc. dir., XXIX, 1979, 230 ss.

[254] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 86. Cfr. anche F. Galgano, Lex mercatoria, Bologna, 1993, 39. Sul punto non può che riportarsi Marx, *Il capitale*, cit., 97 che parla di «*due metamorfosi opposte che si integrano a vicenda: trasformazione della merce in denaro e ritrasformazione del denaro in merce*. I momenti della metamorfosi delle merci sono allo stesso tempo affari del possessore di merci: *vendita*, scambio della merce con denaro, *acquisto*, scambio del denaro con merce, e unità delle due operazioni: *vendere* per *acquistare*» (corsivo in originale, note omesse) a questo "ciclo" si aggiunge poi quello inverso (Ibidem, 125): acquistare per vendere con il quale (Ibidem, 129) «il possessore di denaro diviene capitalista in quanto cosciente trasmettitore di questo movimento. La sua persona, o meglio la sua tasca, è il punto di partenza e di ritorno del denaro. Il *contenuto oggettivo* di quella circolazione – la valorizzazione del valore – è il suo *scopo soggettivo*» e si noti la vicinanza di questa dicotomia contenuto oggettivo/scopo soggettivo, con la dicotomia, presentata nel testo, valore della prestazione/interesse del creditore.

la cui lesione risarcita, dunque «risponde all'idea dello sviluppo produttivo della destinazione economica del bene nel mercato, che coordina il sistema degli scambi e rende possibile, attraverso il denaro, un'accumulazione di ricchezza che dà il senso dello scambio dei beni»[255]. Prima dell'affermazione del capitalismo, invece, la prevalente funzione dello scambio in funzione di consumo diretto ed il carattere locale dei mercati, che arginava i rischi di una momentanea mancanza di una merce, facevano apparire il lucro cessante non cessato, ma solo rinviato e pertanto non poteva che riconoscergli una portata dannosa minima, minima al punto dall'essere irrisarcibile[256] o risarcibile ma con una quantificazione limitata al doppio della controprestazione. Da tali premesse emerge in maniera abbastanza nitida che con la risarcibilità del lucro cessante o meglio con il suo effettivo completo risarcimento, il creditore diviene un soggetto assicurato dell'utilità aggiuntiva che lo scambio avrebbe prodotto[257] e non è, forse, dunque, fuori luogo assegnare – come faremo al paragrafo successivo – a tale spostamento di denaro una funzione satisfattiva e non risarcitoria, nei limiti in cui a questo spostamento si riconosca un ruolo all'interno dalla funzione economica dello scambio[258].

Non solo del lucro cessante può ricondursi la genesi in stretta dipendenza dell'ascesa del capitalismo. Anche il danno emergente, specifichiamo consequenziale – laddove forse questa specificazione, secondo alcuni, per i motivi che vedremo, è superflua – può rapportarsi all'assetto dimensionale della "nuova impresa", che diviene il perno del sistema produttivo scalzando artigiani e piccoli mercanti, che al contrario della prima, si caratterizzano per i modici investimenti in organizzazione e fattori produttivi, ossia: "immobilizzazioni di ricchezza", modici investimenti che diventano, dunque, per tanto, smobilizzabili al punto che, anche qui, non poteva vedersi un danno laddove poi si sarebbe visto[259], precisamente il danno collegato all'aver compiuto investimenti in dipendenza di un accordo ed in previsione della sua attuazione, il c.d. interesse negativo che altro obbiettivo non ha, se non il veder riconosciuto, e risarcito, il nesso che lega il

[255] Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 490.
[256] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 63.
[257] P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, Riv. dir. civ., 2002, 63 scrive: «in un quadro molto ampio del sistema economico e sociale delle remunerazioni delle iniziative, sembra opportuno assicurare al creditore, leso dall'inadempimento, l'equivalente del risultato di un'iniziativa opportuna, che non abbia potuto produrre tutti i suoi frutti per colpa altrui». Cfr. anche Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., spec. 886.
[258] Diverso, ma simile ci sembra Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 490 secondo il quale il mancato guadagno «si pone come non realizzazione dell'accrescimento produttivo dipendente dall'attuazione della funzione di un'operazione di scambio».
[259] Ibidem, 77.

capitale totalmente investito con il diverso capitale impiegato nello scambio. È dunque l'intera categoria dei danni consequenziali a potersi descrive biunivocamente ancorata al capitalismo.

Tirando le somme, due direttrici di fondo animano il sistema della determinazione del danno contrattuale, due direttrici astrattamente incompatibili: da una parte, come dimostrano l'esempio del violinista nell'acciaieria e del bene acquistato per un valore ben inferiore al suo valore di mercato, la ragion d'essere del risarcimento si può trovare nella controprestazione, che fornirà dunque il primo criterio di determinazione del danno, dall'altra, l'intera evoluzione pluricenteneria del danno risarcibile ad altro non mira se non a scardinare il rapporto tra risarcimento e controprestazione in ottemperanza al mutato contesto economico.

L'incompatibilità è però, a ben vedere, più teorica che reale, poiché entrambe le direttrici mirano al comune scopo di far rientrare lo scambio all'interno della logica del mercato[260] e tutelarne di conseguenza l'efficienza[261]. Per far ciò i criteri di determinazione del danno agiscono come incentivo per il debitore a contrarre tramite il depotenziamento delle conseguenze negative dell'inadempimento[262] e in pari tempo agiscono come incentivo per il creditore a contrarre tutelando la reazione che l'oggetto dell'obbligazione avrà sul patrimonio del creditore nella consapevolezza che lo scambio potrebbe non essere fine a se stesso, e perciò l'interesse del creditore potrebbe non esaurirsi nella prestazione, potendosi inquadrare in un più ampio sistema dov'è possibile che il bene acquistato tornerà, a volte sotto altra forma e con altro valore, sul mercato[263]. In ultima analisi, dunque, non paradossalmente, proprio dall'estensione del risarcimento

[260] Sembra dunque confermato l'assunto proposto da Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 472: «nei conflitti riguardanti processi economici, il concetto di danno trova quella che si può definire la "verità proposizionale" del suo significato normativo, in funzione delle esigenze e delle finalità di un sistema risarcitorio».

[261] V. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 84; Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., spec. 887.

[262] Sviluppa in particolar modo quest'argomento, P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, Riv. trim. proc. civ., 1970, 512 ss.

[263] È d'altronde intuitivo che entrambe le direttrici presentano l'esternalità positiva dell'incremento dei traffici: il debitore avrà meno remore nel divenire tale sapendo, grossomodo, ciò a cui andrà in contro in caso di inadempimento. Il creditore avrà meno remore a divenire tale sapendo che l'ordinamento lo tutelerà oltre quella porzione del suo interesse che riguarda la mera prestazione. In questo secondo aspetto l'incremento è duplice poiché oltre all'incentivo ora descritto, è da considerare che il risarcimento dei danni consequenziali diviene una legittimazione a compiere altri investimenti, altri traffici giuridici, prima che l'accordo venga attuato (cfr. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 63). Per quanto il così detto buon senso dei detti popolari ne sindachi l'operato accostandolo a chi "vende la pelle dell'orso prima di ucciderlo", "chi dice gatto senza averlo nel sacco", "chi fa i conti senza l'oste", chi vende un credito prima dell'attuazione, così come chi compie investimenti in vista dell'attuazione del credito, non sta compiendo un passo troppo lungo rispetto alla realtà, sta solo dinaminizzando l'economia all'interno di un confine prestabilito e pertanto viene tutelato da un ordinamento che, innegabilmente, tale dinamismo vuole incentivare.

oltre la prestazione, viene confermata la stretta interdipendenza tra funzione economica dello scambio e funzione risarcitoria[264] e pertanto «si può dire che la disciplina del risarcimento costituisce sostanzialmente la principale garanzia giuridica di un' economia di mercato»[265]. Lo sfondamento del limite della risarcibilità ai danni *extra rem*, e dunque l'emersione dei danni consequenziali, altro non è che il riconoscimento di una nuova funzione economica dello scambio[266] e letta in questa chiave la risarcibilità dei danni *extra rem* potrebbe considerarsi, non l'effettiva risarcibilità di quanto prima non risarcibile, ma un estensione dell'area dei danni *circa rem* che vedono in loro introiettarsi le nuove funzioni che la modernità ha assegnato all'economia dello scambio[267]. Per quanto attiene al lucro cessante, ciò vuol dire che «il "valore economico" del bene comprende, nella logica del valore di scambio che governa il risarcimento del danno patrimoniale, tutto il profitto che da esso potrà in futuro trarsi»[268].

2.2. La tutela satisfattiva del lucro cessante e i danni consequenziali.

L'ancoraggio fin qui descritto del risarcimento alla funzione dello scambio ci porta a guardare con interesse a quella nota dottrina francese che demistifica la responsabilità contrattuale definendola un «*faux concept*»[269]. La premessa è d'altronde la medesima –

[264] «la sanzione per l'inadempimento è stata strutturata storicamente in modo da ripristinare coattivamente gli assetti patrimoniali che il mercato avrebbe prodotto con lo scambio», così Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 165.

[265] Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 2. Cfr anche Id., *Trattato della responsabilità civile*, cit, 886 dove può leggersi che quando si esamina il danno contrattuale e l'obbligazione risarcitoria «le cose delle quali si deve discutere hanno poco o nulla a che vedere con l'equità o la riprovevolezza della condotta del debitore inadempiente, ma concernono la garanzia giuridica dei capitali investiti nello scambio e nell'attività economica in cui questo si inserisce, la garanzia dei profitti e la disciplina dei rischi dell'iniziativa economica».

[266] Che secondo Barcellona diviene poi, null'altro, che una tecnica «di tutela del capitale produttivo» che impone l'espulsione delle «unità economiche marginali» tramite la conversione forzata del capitale che in esse viene investito. Conversione che opera e si sostanzia nel risarcimento del danno. *Ibidem*, 208-209. Ci permettiamo di banalizzare traducendo il tutto come un marchingegno volto a "togliere ai cattivi" (gestori del capitale) "per dare ai bravi" (gestori del capitale), con conseguente attenzione a quei "bravissimi" che non aspettano l'attuazione dell'accordo per ri-immettere il bene sul mercato. In caso di inadempimento quei "bravissimi", avranno diritto al risarcimento del lucro cessante.

[267] Di diverso avviso sembra Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit, 134, nota 90.

[268] Salvi, *La responsabilità civile*, cit, 250 che prosegue poi affermando che il lucro cessante è «tutto il profitto che da esso [il bene] potrà in futuro trarsi, secondo una previsione oggettiva». Torneremo su quest'ultimo punto.

[269] P. Remy, *La «responsabilità contractuelle»: historie d'un faux concept*, Rev. trim. dro. civ., 1997, 323 ss. Cfr. G. Visintini, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, Cont. imp., 2004, 32 ss; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 449-450, nota 15; Id., *Il risarcimento del danno*, cit., 82, nota 8; Gnani,

ossia: «*le "dommage prévisible" n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée – l' avantage promise et non reçu*»[270] – e la conclusione è dunque astrattamente condivisibile: «*la "responsabilité concrattuelle" conserve nécessairement une fonction de payement*»[271],«caricandosi di una connotazione funzionale sostanzialmente attuativa»[272]. Va detto che gran parte della tesi dell'autore è incentrata sul (non) rapporto tra colpa e inadempimento[273], rapporto sul quale si è qui ritenuto di poter soprassedere[274], ma ciò non intacca la bonarietà del tentativo d'andare a fondo nell'analisi della tesi anche perché questa presenta più di un punto di contatto con una recente dottrina nostrana seconda la quale «l'obbiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria»[275] e per tanto «la misura contemplata dall'art. 1218 c.c. non riveste un carattere propriamente risarcitorio, perché essa non mira al ristoro del danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più precisi, alla erogazione di una risorsa destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo […] sulla composizione e sulla

---

Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno, cit., 52 ss.; F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2011, 1093 ss.

[270] Remy, *La «responsabilità contractuelle»*, cit, 351, corsivo in originale; per lo sviluppo che in Francia ha avuto la tesi di Remy rinviamo alla bibliografia proposta da Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 19-20, note 75-76.

[271] *Ibidem*, 353, corsivo in originale. Nella dottrina francese quest'ultima idea era già stata presentata da J.Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris, 1978 *passim*, riportato da Remy. Il pensiero di Remy è stato sintetizzato come una riorganizzazione della materia dei rapporti obbligatori all'interno della quale «la c.d. responsabilità contrattuale finisce per rilevarsi nulla più che un'impostura buona soltanto a camuffare l'autentica natura della proclamata obbligazione risarcitoria, la quale dal presentarsi come un'obbligazione nuova finalizzata a riparare un danno, si sostituisce a quella originaria», così Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1093.

[272] Il virgolettato è preso da Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 274, ma dall'autore viene utilizzato per negarne la validità. Sostiene, infatti, Mazzamuto che «tale inferenza non è in alcun modo necessaria» ed è dunque indebita poiché se è pur vero che «il pregiudizio principale arrecato dall'inadempimento va identificato nel c.d. danno da aspettativa, consistente nella perdita economica pari al valore del risultato finale atteso, e che gli altri pregiudizi risarcibili, inclusi quelli legati alla violazione degli obblighi di protezione, si collegano tutti giuridicamente a tale pregiudizio primario […] Non vi sono poi ragioni per ritenere che l'equivalente monetario del valore del credito rappresenti una forma di attuazione in senso proprio del diritto, a meno di non voler trasformare il diritto di credito in una situazione giuridica conchiusa in sé, sattianamente finale, il che rischia di rilevarsi una forzatura».

[273] Sul punto, per la dottrina italiana, d'obbligo il rinvio a L.Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Studio critico*, Riv. dir. comm., 1954, 288 ss.

[274] Si cfr. quanto sul punto scritto da Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 450 nota 15, secondo il quale, premessa la condivisione dell'idea che allontana la colpa dal contratto (cfr. Id., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Eur. dir. priv., 2008, 1 ss.) non può trarsi, dati indici meramente positivi, l'allontanamento dell'inadempimento dal risarcimento ossia, sostiene altrove lo stesso autore – ma sempre all'interno di considerazioni che poggiano su Remy – l'effetto della responsabilità contrattuale «è lo stesso sul piano formale» ossia «quello di reazione a un danno», così Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 83.

[275] L. Nivarra, *I rimedi specifici*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 337. Cfr. anche le considerazioni di Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 96-97-98 che poi confuta la tesi (99 ss.)

fisionomia del patrimonio del creditore»[276]. In altre parole, il creditore con il contratto acquista «un pezzo più o meno grande della ricchezza universale»[277], che se non gli perverrà con l'adempimento, gli perverrà con l'equivalente monetario di questo[278]. La *fonction de payement* resta invariata, poiché il risarcimento «rappresenta il surrogato della prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al debitore»[279] poiché, come scrisse a suo tempo Coviello jr: la funzione è quella di porre il creditore «nella stessa posizione economica […] in cui si sarebbe trovato se si fosse verificato l'adempimento tempestivo»[280].

Quest'ultima dottrina ci tiene però a precisare – e così facendo si distanzia dall'autore francese su citato[281] – che permane un aspetto veramente risarcitorio nella vicenda dell'inadempimento, circoscritto ai danni conseguenza che formano una tipologia di pregiudizi in cui «il giudizio di responsabilità riacquista, almeno in parte, la ragion d'essere sua propria: anche se, naturalmente, sconta, per così dire, il fatto di essere inserito all'interno di una vicenda che […] trascende di gran lunga il piano della tutela puramente risarcitoria»[282]. Bisogna infatti specificare, prosegue l'autore in un altro studio successivo, che «il risarcimento del danno occupa nel panorama delle tutele uno

---

[276] Ibidem, 338.

[277] Ibidem, 341; della stessa opinione sembra Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 494 laddove ritiene che il danno contrattuale non è un vero e proprio danno (da funzione risarcitoria) ma «una rinnovazione delle stesse condizioni di validità a cui è legata la forza di costrizione dell'esecutività della pretesa, che si traduce in forma monetaria in seguito alla mancata attuazione coattiva, ma che è sin dall'origine concepito in termini monetari».

[278] Particolare attenzione all'aspetto solo economico di tale soddisfazione risarcitoria dell'interesse del creditore pone generalmente la dottrina che si occupa dell'adempimento in natura, poiché uno dei vantaggi che tale via apre al creditore è proprio quello di non rischiare una valutazione "al ribasso" del suo interesse, cosa che potrebbe avvenire quando l'interesse di quest'ultimo è di difficile generalizzazione e dunque valutabile secondo le regole del mercato. cfr. limitandoci ad un recente contributo Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 284 ss. secondo il quale «il favore per il rimedio specifico viene giustificato alla luce del fatto che solo esso consente di proteggere adeguatamente il creditore quando l'adempimento dell'obbligazione soddisfa un suo interesse non patrimoniale, o comunque non agevolmente valutabile sulla base di parametri di mercato».

[279] L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2014, 103; v. anche Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 67. Cfr. Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 494 secondo il quale «il danno contrattuale non produce nuove strutture giuridiche, diversamente dal concetto di danno che si fonda nell'agire extracontrattuale».

[280] N. Coviello jr., *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, Riv dir civ., 1935, 33.

[281] Distanza espressamente messa in rilievo dall'autore, Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 104-105, nota 80.

[282] Nivarra, *I rimedi specifici*, cit., 346. La tesi sembra avere punti di contatto con di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 169-170 che con riguardo al danno "valore della prestazione" parla di «liquidazione del rapporto obbligatorio», che altro non potrebbe essere che la su riferita *fonction de payement*, laddove invece con riguardo al danno c.d. consequenziale entra in campo la logica – eziologica a parere dell'autore – del 1223, logica che in effetti avvicina, in quest'ordine di idee, i danni consequenziali ai danni aquiliani. Quest'ultima equiparazione viene dallo stesso autore esplicitata in Id. *L'adempimento «in natura» quale rimedio (in margine a un libro recente)*, Eur. dir. priv., 2012, 1163; cfr. anche sul punto Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., *passim*.

spazio preciso e non manipolabile *ad libitum*: suo specifico compito è quello di restaurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica, in tal modo svolgendo, come pure si è detto, una funzione tipicamente conservativa»[283]. Quello che viene definito danno contrattuale, è perciò un fenomeno all'interno di cui sono rinvenibili due anime, una restitutoria/reale[284] ed una propriamente risarcitoria[285], quest'ultima è circoscritta ai danni conseguenza *ex* 1223 e nei i confronti di questi, come pure dimostra il rinvio del 2056, l'inadempimento «si comporta esattamente come il fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., con una fondamentale differenza (grazie alla quale continua a spiegarsi la distinzione tra responsabilità *ex contractu* e responsabilità *ex delicto*), ravvisabile nella sussistenza relazionale attraverso la quale viene veicolata la condotta […] generatrice del danno»[286], che si riduce grossomodo «all'impianto normativo semplificato» e a «una disciplina più favorevole all'avente diritto»[287].

Prima di entrare nel più profondo merito problematizziamo quest'ultimo punto. Come dimostra l'esempio del violinista dell'acciaieria, ossia colui che si vedrà risarcire contrattualmente una somma inferiore a quella che avrebbe ricevuto se il danno si fosse

---

[283] Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 50, ed in nota, a conclusione del frammento riportato, si trova M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, Eur. dir. priv., 2000, 442 ss.; cfr. sul punto anche di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 245.

[284] Nel testo viene affrontata una punta emersa dell'idea sostenuta dall'autore, ossia quanto di esplicito viene detto al riguardo dei danni consequenziali e del lucro cessante, il nocciolo dell'idea sottesa all'intravedere nel risarcimento del danno emergente (da interesse positivo) una restituzione, si struttura dalla considerazione del credito come merce o meglio come bene, bene che col contratto è già entrato nel patrimonio del creditore (Nivarra parla, più alatamente, di «assetto patrimoniale che incorpora già, sia pure nella forma ideale del diritto soggettivo, l'utilità poi, in concreto, erogata dal debitore»). L'inadempimento definitivo si configura per tanto non come una mancata attribuzione ma come una sottrazione di quanto già "in mano" del creditore e dunque all'inadempimento reagisce una restituzione e non un risarcimento, come d'altronde sembrerebbe suggerire l'art. 1223 che parla in luogo di danno emergente di "perdita subita" ed è abbastanza chiaro che si può perdere solo ciò che già si ha (cfr. di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 182; Grisi, *Sub art. 1223*, cit., 170). La questione, data la presenza di indici, non solo normativi, contrastanti (per limitarci al minimo: la cedibilità d'un credito ne sottintende la riconduzione alle merci; il fatto che il credito ceduto venga scontato dall'effettiva "realizzabilità" sottintende che la "merce credito" non sia la stessa "merce interesse alla prestazione", cfr. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1098 ss. e Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 741 ss.) può apparire come "questione di gusti", e, a tacer d'argomenti più analitici, l'adesione all'impostazione di Nivarra viene incoraggiata laddove si concordi con J.R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981 (la versione originale è del 1924), 335 ss. dove l'autore sostiene – prendendo spunto H.D.McLeod, *Theory and Practice of Banking*, London, 1893 – che "la scoperta" della funzione merce del credito «ha fatto mille volte di più per arricchire le nazioni di quanto abbiano fatto tutte le miniere del mondo», ossia che tale scoperta è stata, ed è, un pilastro dell'attuale sistema economico ed in tal senso ne è doverosa la presa in considerazione.

[285] Di diverso avviso è Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 473 secondo il quale la forma "reale" della tutela non può passare per la mediazione «della funzionalità razionale dei processi pecuniari», in altre parole laddove vi è un equivalente della prestazione, vi è necessariamente una forma di tutela risarcitoria.

[286] Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 106.

[287] Ibidem, 107.

inquadrato nel 2043, al di là della prescrizione e dell'onere della prova, non può dirsi che quella contrattuale è una disciplina più favorevole all'avente diritto. Se l'autore arriva a questa conclusione è per via del riscontrare solo nella condotta (veicolata dalla relazione) la distinzione tra il risarcimento contrattuale ed extracontrattuale, laddove, come riteniamo d'aver dimostrato con l'analisi della prevedibilità *ex* 1225, anche il danno, e non solo la condotta, trova la sua "descrizione" (ossia i criteri di rilevazione)[288] nel contratto, e, pertanto anche il danno (che diviene perciò anch'esso, veicolato dalla relazione) distingue la responsabilità contrattuale da quella extracontrattuale[289]. La questione sarebbe di poco conto se non sottendesse una presa di posizione in parte incompatibile con quanto fin qui sostenuto sui danni conseguenza, quanto invece di compatibile fornirà a queste pagine un'occasione di approfondimento ulteriore.

Nel corso di quest'indagine è infatti emersa la perfetta sovrapponibilità della funzione economica del contratto e la funzione giuridica del risarcimento. L'idea ha più di un punto di contatto con la tesi da ultimo proposta, poiché ad entrambe è riconducibile l'attribuzione di una funzione restitutoria laddove non satisfattiva del risarcimento del danno contrattuale[290]. Ciò che adesso si sosterrà è che, abbracciata quest'ottica, difficilmente può non ricondursi alla medesima funzione il risarcimento del lucro cessante, in quanto anche con il risarcimento di quest'ultimo il creditore diviene un soggetto assicurato dell'utilità che lo scambio avrebbe prodotto: anche il risarcimento del lucro cessante è «puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato»[291], anche il risarcimento del lucro cessante mira a coprire «l'intera area della funzione attributiva»[292] e non è un caso, d'altronde, che il mancato guadagno sia stato definito «come non realizzazione dell'accrescimento produttivo dipendente dall'attuazione della funzione di un'operazione di scambio»[293].

Un discorso diverso potrà farsi, e sarà fatto, sul danno emergente consequenziale.

Riannodandoci alla genesi storica della risarcibilità del lucro cessante appare evidente che questo, nel mutato contesto economico introdotto dall'ascesa del capitalismo,

---

[288] Cfr. di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 290 secondo il quale «la obbligazione risarcitoria dovrà contenere nulla più e di diverso di ciò che è già *descritto* nella fattispecie» (corsivo nostro, corsivo originale omesso).

[289] V. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 84 ss.

[290] Per funzione satifattiva intendiamo un tutela «diretta a garantire la piena ed integrale soddisfazione di diritti o pretese (insoddisfatti), attraverso misure che […] possono essere di vario tipo e appartenenti a generi diversi e comunque sempre *finalizzate* a tale soddisfazione» così di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 51. Con tale definizione la tutela sattisfattiva va ad integrare il sistema binario delle tutele descritto all'art. 185 c.p. limitato al sistema restitituzione-risarcimento.

[291] Il virgolettato è preso decontestualizzato da Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 84.

[292] Il virgolettato è preso decontestualizzato da Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 886.

[293] Il virgolettato, già precedente citato, è di Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 490.

rappresenta il fine specifico del creditore che non agisce con finalità di consumo. Laddove il creditore è stato così bravo da concretizzare le premesse per la soddisfazione del suo fine specifico prima che venisse attuato il passaggio mediano dell'attuazione dello scambio[294], il creditore ha diritto a ricevere dal debitore inadempiente quella stessa somma che avrebbe percepito da altri[295] e già da questo può desumersi che all'interno di quel «pezzo più o meno grande della ricchezza universale» che il creditore acquista col contratto, il lucro vi rientra, e pertanto il risarcimento del lucro cessante assicura al creditore che l'utilità che intendeva trarre dall'accordo non resti monca di parte del suo interesse[296]. È, d'altronde, già stato evidenziato che «il "valore economico" del bene comprende, nella logica del valore di scambio che governa il risarcimento del danno patrimoniale, tutto il profitto che da esso potrà in futuro trarsi»[297], e dunque «l'aspettativa tutelata non è solo di ricevere la prestazione oggetto della promessa contrattuale ma anche di farne un uso (e di conseguire un profitto da essa)»[298] ed è oltremodo intuitivo che le intrinseche capacità di un bene di ricollocarsi sul mercato incidono sulla controprestazione e pertanto anche il lucro cessante risarcibile ha la funzione di ripristinare l'equilibrio contrattuale in rapporto alla controprestazione[299], palesando come la tutela del profitto può considerarsi una condizione dell'investimento. Se si hanno dubbi su quanto adesso affermato basta porre a mente il diverso valore di un di un bene rubato rispetto al suo omologo posto lecitamente sul mercato, ciò che sconta il bene rubato è proprio la difficoltà di rientrare nella circolazione, proporzionale al grado d'efficienza delle tecniche poste a presidio dell'effettiva titolarità (es. un numero di matricola difficilmente occultabile su un bene mobile), e questo dimostra che la potenzialità di lucro può incidere significativamente sulla contro prestazione.

---

[294] Per Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 63 il lucro cessante «dipende da un programma economico che ha avuto un inizio di attuazione proprio con le stipulazione del contratto poi rimasto inadempiuto, e spesso anche con ulteriori operazioni coordinate».

[295] In questo senso può definirsi il lucro cessante come «mancata percezione di beni o di utilità non dovuti [dal debitore] ma liberamente conseguibili [da altri…] nel presupposto però del rispetto del vincolo obbligatorio». Così Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 80.

[296] Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 886 parla del risarcimento del danno contrattuale come un meccanismo volto, tra l'altro, alla «garanzia dei profitti […] dell'iniziativa economica».

[297] Salvi, *La responsabilità civile*, cit, 250 che prosegue poi affermando che il lucro cessante è «tutto il profitto che da esso [il bene] potrà in futuro trarsi, secondo una previsione oggettiva». Torneremo su quest'ultimo punto.

[298] Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 234 che prosegue scrivendo «il primo aspetto è quello che va sotto il nome di *danno emergente*, il secondo di *lucro cessante*».

[299] Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 886, nota 42 che a sua volta rinvia a M. Libertini, *Il risarcimento del danno da violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, Risarcimento del danno e da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale, Milano, 2004, 164.

Intendiamo qui sostenere, dunque, che, in un certo senso, anche il lucro rientra nella «frazione ideale corrispondente al valore della prestazione»[300] a cui, se si accettano le premesse della dottrina qui presa in considerazione, non è necessario apporre l'etichetta di risarcimento, con l'ulteriore, forse non significativa, specificazione, che mentre nell'equivalente della prestazione, per come intesa dalla citata dottrina, l'utilità viene ripristinata in senso quantitativo e non qualitativo[301], per il lucro cessante il ripristino è generalmente qualitativo e quantitativo essendo il suo oggetto lo stesso medesimo che il creditore avrebbe percepito in caso di adempimento. Viene così confermato che «le due componenti di danno così come sono enunciate nella norma dell'art. 1223 c.c. non si intrecciano, ma si semplificano e si concentrano in una sola dimensione»[302] ed è da notare che uno spiraglio convalidante di quanto detto è presente anche nell'autore qui preso in considerazione laddove il mancato guadagno viene ricondotto ad una funzione reintegrativa[303], ovvero «diretta a far conseguire al danneggiato tutto il risultato utile che avrebbe ottenuto se il suo diritto fosse stato rispettato»[304]. In altre parole, semplificando, ciò che qui si sostiene è che se si accede alla tesi che vede nel risarcimento dell'interesse alla prestazione una funzione satisfattiva, difficilmente quest'ultima è limitabile all'interno di ciò che riguarda l'interesse positivo del creditore[305].

Si apre dunque il problema della possibile definizione del lucro cessante quale danno consequenziale, poiché come è stato rilevato «se il portato economico della prestazione

[300] Nivarra, *I rimedi specifici*, cit., 338 il quale poi definisce tale valore *aestimatio rei*.

[301] Ibidem, e cfr. sulla distinzione qualitativa tra adempimento in natura e risarcimento Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 111 secondo cui – e l'argomento può considerarsi in sé una critica alla dottrina riportata finora nel testo, solo l'adempimento in natura mira alla realizzazione dell'interesse del creditore e dunque solo questo «ha una funzione in un certo senso promozionale o meglio attuativa del rapporto obbligatorio».

[302] Così Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 491 il quale afferma poi – di conseguenza – l'estraneità, o meglio la peculiarità, del mancato guadagno alla responsabilità extracontrattuale ambito in cui «sotto l'attribuzione del plusvalore rispetto al valore del bene individuo, ci si riferisce non a un aumento di ricchezza prevedibile come conseguenza dell'inutilizzazione del bene, ma si tiene conto piuttosto degli ulteriori costi prodotti come conseguenza dell'evento lesivo».

[303] Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 90 nota 59, dove al fine di confutare la tesi dell'autore di cui qui alla nota successiva, scrive: «non risponde al vero che il risarcimento del danno contrattuale non svolga una funzione "reintegrativa": infatti, esso, oltre al valore della cosa mira ad assicurare al creditore il mancato guadagno, ossia una posta che direttamente si riconnette ai possibili impieghi produttivi della risorsa sottrattagli dal debitore».

[304] Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 90 nota 59, il frammento è riportato all'interno di una critica a Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 30, che pure sullo specifico punto converge.

[305] Aspettativa che è stato da altri rilevato si compone della prestazione (o meglio del suo valore) e nei riflessi che tale prestazione avrà nel patrimonio del creditore ossia il lucro cessante. cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 234-235; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 152 ss.

comprende anche il valore d'utilizzo del bene, il mancato guadagno s'apprezza come un aspetto del danno intrinseco […] e non più rimanda ai danni consequenziali»[306].

Ma il virgolettato, per così dire, prova troppo. Un conto è dire che il fine di lucro rientra nell'interesse (positivo) del creditore, un conto è negare che esiste una differenza tra l'interesse direttamente soddisfatto con la prestazione e un interesse a questa collegato, che è vero determinerà un diverso punto d'equilibrio nella controprestazione, che è vero consiste nell'appropriazione di «pezzo più o meno grande della ricchezza universale» cui l'obbligazione dà diritto, ma è altrettanto vero che per la sua venuta in rilievo necessita di un'ulteriore elemento. Torna qui utile la qualificazione del lucro cessante come evento precedentemente proposta[307]: l'ulteriore elemento che apre le vie del risarcimento del lucro cessante è per l'appunto la prova di questo evento, o meglio la prova che tutte le condizioni sussistevano per la venuta ad esistenza di tale ulteriore evento[308].

Altra via per descrivere quanto ora sostenuto, che non passi per la qualificazione del lucro cessante come evento, prende le mosse dal riempire di contenuto la distinzione ora proposta tra interesse direttamente soddisfatto con la prestazione ed interesse a questa collegato. L'interesse direttamente soddisfatto con la prestazione, difatti, altro non è che il valore della prestazione, il problema centrale è però capire quale sia il valore della prestazione giacché ogni prestazione, perlomeno laddove inserita in uno scambio, ha come minimo due valori: il valore che alla prestazione dà il creditore ed il valore che

---

[306] Così Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., 134 che successivamente stempera l'affermazione scrivendo (195) del rischio di indebite generalizzazioni, poiché: «non ogni lucro che il creditore avrebbe tratto dall'adempimento è intraneo al significato economico dell'obbligo primario». Non concordiamo con l'ultima affermazione poiché il lucro non "intraneo" alla funzione economica dello scambio (formula che crediamo equivalente al "significato economico dello scambio"), semplicemente, è un lucro che non può essere risarcito *ex* 1225. Della stessa opinione sembrerebbe l'autore che ritiene però sul punto subentrare la disciplina *ex* 1223. Se non siamo certi di aver ben interpretato il pensiero dell'autore è per via della deviazione che porta l'argomentazione di quest'ultimo sul c.d. danno da interesse negativo, che come si vedrà a breve nel testo a pochi punti di contatto con il lucro cessante, ed in effetti, potrebbe in qualche modo richiamare la struttura del danno aquiliano, struttura che vedremo essere debitrice del 1223. Sul lucro cessante quale danno conseguenza v. tra gli altri Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 576 ss.

[307] Capitolo 1, paragrafo 4.1.

[308] Ciò che proponiamo è una lettura unitaria dell'interesse positivo, interesse che sarà poi oggetto del valore per equivalente della prestazione, lettura unitaria che non si spinge, però, fino al negare la dimensione eventuale del lucro cessante, diretta conseguenza del fatto che il lucro, adempiuta l'obbligazione, non perverrà al creditore dal debitore, ma da un soggetto terzo. La peculiarità di questo lucro risarcibile dal debitore inadempiente diviene dunque quella di assicurare (in senso atecnico) il creditore per l'evento in cui si concretizzerà il lucro, lucro che necessità di due presupposti: l'adempimento e la riimmissione del bene sul mercato, nel caso in manchi il primo, il debitore diviene responsabile della mancata utilità percepibile dal creditore, ma nel caso in cui manchi il secondo, a monte, non vi sarebbe nessun evento da "assicurare".

alla prestazione dà il debitore. Che nei contratti di scambio i due valori – necessariamente – non coincidono è logicamente dimostrato dall'inopinabile dato che se i due valori coincidessero verrebbe automaticamente meno l'interesse delle parti allo scambio. L'interesse del creditore, l'abbiamo visto, è ciò che tramite l'art. 1225 riempie di contenuto l'obbligazione di risarcimento in caso di inadempimento, l'interesse del debitore è invece il valore della controprestazione, poiché è tale valore che motiva il debitore a liberarsi del bene[309] – e in questo senso può cogliesi la scelta operata dal legislatore all'art. 1474 di prendere «il prezzo normalmente praticato dal venditore» come primo parametro della ricostruzione del prezzo laddove questo non sia stato determinato espressamente – e torniamo così incidentalmente a sottolineare che al disancoramento del risarcimento dalla controprestazione può essere ascritta la genesi dei danni consequenziali.

Fermando a questo punto l'analisi potremo affermare che, in effetti, per gl'occhi del creditore non esistono danni intrinseci od estrinsechi, ossia non esistono danni consequenziali, essendo il danno in generale null'altro che il valore del suo interesse, o meglio il valore che il creditore dà alla prestazione. Eppure vi è una grossa differenza tra il valore "soggettivo ma oggettivizzato" (*ex* art. 1225) ed il valore della prestazione ricostruito sull'interesse del debitore, ossia la controprestazione. La differenza riguarda il parametro certo del secondo ed il parametro eventuale del primo[310]. La questione è dunque, appare evidente, questione di prova[311].

Per non essere fraintesi spieghiamo meglio che per "eventuale" intendiamo un valore della prestazione che non è in dipendenza oggettiva colla prestazione stessa[312] o meglio un danno che non si identifica con l'inadempimento[313]. Come pure è parso di poter desumere dalla nota sentenza delle Sezioni unite del 30 ottobre 2001 n. 13533[314], in

---

[309] Ci spighiamo con un esempio: Tizio chiede all'avvocato di fare un decreto ingiuntivo per la somma 10, poniamo il caso che non ci sia alea sull'effettivo buon fine del procedimento e dunque il valore della prestazione dell'avvocato, per Tizio, è 10. Per l'avvocato, invece, la prestazione vale 1, nel senso che per meno di 1 l'avvocato non considererebbe conveniente "cedere" i suoi servizi. Il valore della controprestazione sarà il valore dato alla prestazione dall'avvocato, in caso di inadempimento, invece, a rilevare sarà il valore dato alla prestazione da Tizio.

[310] V., *Adempimento e responsabilità*, cit., 649 secondo il quale «i danni consequenziali rappresentano […] poste di danno del tutto eventuali, mentre l'equivalente della prestazione costituisce il nucleo imprescindibile del danno da inadempimento».

[311] Il punto era già chiaro a Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 139 ss.

[312] Può qui anche riferirsi l'opinione espressa da D. Rubino, *La vendita*, Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1971, 994, il quale analizzando il "maggior danno" *ex* 1518 che vedremo coincidere coi danni consequenziali ipotizzava l'immedesimazione di questo col «maggior valore subbiettivo».

[313] Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595.

[314] Cass. S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, Corr. giur., 2001, 1567 ss., richiamata sul punto da Grisi, *Sub. art. 1218*, cit., 33. Cfr. anche le considerazioni che su tale sentenza compie Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 147 ss.

dipendenza dell'inadempimento esiste un danno strettamente connesso al mancato incameramento della prestazione – ossia che «riflette la cosa dedotta in obbligazione» per riprendere la definizione che Polacco diede dei danni *circa rem*[315], e che apre le vie al c.d. risarcimento sostitutivo[316] – per il quale è in molti casi superflua la produzione di una specifica prova[317] ed un danno che non può desumersi dall'inadempimento ma che in questo trova un antecedente – logico prima che causale[318] – per la venuta in rilievo del quale è necessario arricchire la descrizione fattuale della fattispecie concreta (cosa che in passato fece dubitare che tale danno potesse considerarsi immediato, se pur risarcibile[319]) e ciò vuol dire che il creditore «è tenuto a dar dimostrazione del danno consequenziale lamentato se vuole ottenere il risarcimento, mentre gli basterà provare l'esistenza del titolo e allegare l'inadempimento ove la prestazione sia solo volta ad ottenere lo Shadensersatz statt der Leistung»[320], ossia il valore della prestazione[321]. Ciò

[315] Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 587.
[316] Cfr. di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 170; Grisi, *Sub art. 1218*, cit., 33.
[317] Cfr. di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 255 che pure, però, ammette una prova contraria del debitore sul punto e per tanto non di danno in *re ipsa* dovrebbe parlarsi ma di presunzione di danno. Proprio di presunzione di danno, parlò, a suo tempo, Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 139.
[318] Ritiene Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 173 che il danno conseguenziale debba essere correlato tramite il nesso di causalità giuridica con l'inadempimento (causalità poco causale poiché grossomodo riconducibile ad un giudizio tipologico), così riprendendo uno spunto di di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 169 secondo il quale «la norma dell'art. 1223 c.c. it., là dove richiama la regola causale, se sembra non interessare più propriamente il danno contrattuale considerato in senso stretto […] interessa sicuramente quello definito più propriamente "conseguenziale"» di Majo ha recentemente ribadito il concetto in Id., *L'adempimento «in natura» quale rimedio (in margine a un libro recente),* Eur. dir. priv., 2012, 1162-1163 e qualcosa di analogo sembra già affermato in Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 106 che menziona un collegamento causale tra l'inadempimento e quelle situazioni positive o negative che si qualificano dannose nei casi in cui i danni lamentati dal creditore non consistano nella valutazione economica dell'inadempimento. Di diverso avviso è Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 88 secondo il quale «l'inadempimento dell'obbligazione […] è puro giudizio di difformità del fatto rispetto all'effetto […], difformità che come tale non può essere considerata alla stregua di un accadimento con riguardo al quale possa avere senso un inquadramento in termini di causalità cioè di connessione tra fatti. Quanto alle conseguenze, alle quali fa riferimento l'art. 1223 c.c. […] 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».
[319] Mengoni, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, cit., 3 ss, spec. 26: «… non bisogna dimenticare […] che oltre al valore della perdita effettiva (*danno emergente*), direttamente determinata dall'inadempimento definitivo […] va risarcito, a norma dell'art. 1223, anche quel danno mediato, caratterizzato per una consequenzialità diretta dal danno emergente, che è il *lucro cessante*». Tale frammento sottintende l'adesione alla teoria di Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, cit., 52 ss. (citato da Mengoni alla nota 57, seppur nella precedente edizione D.Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Milano, 1946, I, 703).
[320] Così, Grisi, *Sub. art. 1218*, cit., 33; in senso analogo Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 666 ss. che successivamente (668), a ragione, scrive che il discorso si complica laddove la prestazione non riveste un valore autonomo «come è tipicamente nelle obbligazioni di carattere professionale, ed in particolare in quelle sanitarie», in questi casi, in effetti, aggiungiamo qui, il valore "oggettivo" della prestazione diviene il valore che alla prestazione dà il creditore comportando una interessante inversione concettuale rispetto a quanto sosterremo a breve, ossia che in genere il valore oggettivo della prestazione è il valore soggettivo che a questa da il debitore/venditore, concretizzata nella controprestazione.

non toglie che sia necessario, a volte, provare questo valore, provarlo in senso tecnico[322], ad esempio con una perizia e si può fare un passo di sistematizzazione ulteriore evidenziando che laddove il valore di mercato è più incerto, più difficile è la prova di tale valore, come d'altronde è argomentabile a contrario dall'art. 1518, dove in presenza di valori di mercato certi – e il punto sarò ripreso al prossimo paragrafo – viene introdotta una presunzione di danno minimo avente ad oggetto per l'appunto il valore della prestazione[323]. Che il valore debba essere provato non cambia l'idea di fondo che mira distinguere le tipologie di danno ora considerate proprio in base all'aspetto probatorio, poiché è comunque ben diversa la prova d'un valore rispetto alla prova d'un danno, come dimostra senza possibilità di smentita il fatto che solo per il primo viene consegnata al giudice la possibilità equitativa *ex* 1226. Non ritiene così determinante questa distinzione, quella recente dottrina che negando che l'inadempimento (definitivo) possa contenere in sé un danno, poiché il danno viene individuato «esclusivamente nelle *conseguenze* negative (di carattere economico) che al creditore derivano dalla mancata esecuzione della prestazione dovuta»[324] arriva a sostenere l'aquilianità strutturale del danno da inadempimento[325], un'aquilianità che naturalmente tende a livellare tutta la distinzione fin qui perorata tra il danno contrattuale e danno extracontrattuale a cominciare dalla centralità dell'interesse nella

---

[321] Un'altra via volta a giustificare tale diversificazione probatoria è indicata da Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 117 dove il danno inerente al valore della prestazione viene ricondotto al valore di mercato poiché sarebbe complicato per il creditore provare che il valore che riceve dalla prestazione non è inferiore al valore di mercato, o meglio, per anticipare un linguaggio che utilizzeremo nel capitolo dedicato al lucro cessante extracontrattuale, è complicato provare per il creditore il valore d'uso d'un bene.

[322] Cfr. Cass. 10 ottobre 2007, n. 21140, inedita, citata da Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 82, nota 40.

[323] Interessante è qui richiamare l'art. 38 dell'abrogato codice commerciale che disciplinava espressamente «altri mezzi di prova» oltre ai listini e i mercuriali per la determinazione del prezzo. Cfr. Greco-Cottino, *Della vendita*, cit., 116.

[324] Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 117; la stessa idea viene espressa, pur non arrivando alle stesse conclusioni, da Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 115 secondo il quale l'art. 1223 «disciplina il rapporto tra danno e inadempimento in termini di relazione di effetto a causa né vi sono ragioni per ritenere che il linguaggio conseguenzialista riguardi soltanto i pregiudizi ulteriori rispetto alla perdita del valore della prestazione ineseguita, come se quest'ultima vada identificata nell'opposto dell'adempimento e, dunque, faccia corpo con l'inadempimento». Il frammento ora riportato, va detto, è inserito in una critica all'equiparazione tra risarcimento e azione di adempimento, secondo l'autore nei presupposti del secondo vi è l'inadempimento ma non vi è un danno (salvo il ritardo), danno che si verificherà solo quando l'inadempimento diventerà definitivo, logico corollario è dunque che l'inadempimento, in sé, non è un danno.

[325] «Nell'inadempimento dell'obbligazione, ed a prescindere dalla fonte dell'obbligo inadempiuto, la funzione del risarcimento indicata dall'art. 1218 c.c. consist[e] non tanto nel ripristino, sotto il profilo patrimoniale, dell'aspetto quantitativo o qualitativo della prestazione inadempita (e cioè nella restaurazione della situazione in cui il creditore si sarebbe trovato nel caso in cui l'obbligazione fosse stata esattamente adempiuta) quanto, piuttosto, nella *medesima reazione ad un pregiudizio* che caratterizza […] la tassonomia generale del danno e del rimedio risarcitorio», Ibidem, 117. Lo stesso concetto viene ribadito a pag. 126.

determinazione del danno da inadempimento[326], pur bilanciata dalla riconduzione, forse per certi versi – a questo punto – incoerente, del danno ai c.d. concetti sistemici nell'eccezione fornita sopra[327], incoerenza grossomodo rintracciabile nel fatto che la valorizzazione di tale caratteristica ad altro non dovrebbe portare che distinguere fattispecie funzionalmente eterogenee.

Ultimo appunto sul tema riguarda una disputa sulla natura di questo danno rispecchiato nel valore della prestazione, danno-evento per alcuni[328], danno-conseguenza per altri[329], e ci limitiamo qui ad evidenziare come la disputa sembra ricalcare la doppia interpretazione dei danni conseguenza[330] che avevamo descritto sopra[331], secondo la quale per danno conseguenza può dirsi sia una traduzione in termini di valore, sia una conseguenza in senso causale (ripetiamo il già citato Realmonte: «facilmente il problema del nesso causale può confondersi con la questione circa la valutazione del danno»[332]), ebbene, chi aderisce a questa seconda via tende a vedere nel danno di cui si discorre un danno in *re ipsa*, per chi aderisce prima interpretazione, semplicemente, i danni in *re ipsa* non esistono, o meglio non sono danni (ma lesioni)[333] e chiudiamo il cerchio rilevando che aderendo alla seconda interpretazione, l'art. 1223 si applica esclusivamente – perlomeno in ambito contrattuale (precisazione utile nei limiti in cui si possa coniare un'analoga categoria in ambito extracontrattuale) – ai danni c.d. consequenziali[334], danni consequenziali che divengono per tanto para-aquiliani, una para-aquilianità da far reagire sulla centralità dell'art. 1225 vista sopra[335].

---

[326] Cfr. Grisi, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria,* cit., 132 che a riguardo della dottrina appena citata nel testo scrive: «se l'inadempimento non può che specificarsi in relazione alla prestazione ineseguita, ecco che quest'ultima torna ineludibile referente dell'obbligo di risarcimento». Cfr. anche la critica alla dottrina citata proposta da Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 741 ss., che sottolinea come leggendo la responsabilità contrattuale quale stato succedaneo dell'obbligazione, non può che marcarsi la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

[327] V. sopra quanto riportato nel testo corrispondente alla nota 174.

[328] V. di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 255.

[329] Per C. Castronovo,*Vaga* culpa in contraendo*: invalidità e responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, Eur. dir. priv., 2010, 41-42 il danno in questione non è un danno-evento «cioè un danno che sussisterebbe per il fatto stesso dell'inadempimento, facendo tutt'uno con quest'ultimo. quello di cui si tratta è rituale e consueto danno conseguenza, danno nel senso proprio di oggetto dell'obbligazione risarcitoria nei precisi termini in cui lo prevede l'art. 1223. Peraltro derivare il risarcimento da un preteso danno-evento […è] puramente arbitrario, perché non lo consente proprio il dettato dell'art 1223 che notoriamente qualifica il danno come conseguenza».

[330] Belvedere, *Causalità giuridica?,* cit., 19

[331] Capitolo 1, paragrafo 3.1.

[332] Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno,* cit., 31.

[333] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 93 nota 84: «è chiaro che l'espressione "danno evento" equivale a lesione».

[334] V. sopra nota 318 cui aggiungiamo qui: Belvedere, *Causalità giuridica?,* cit., 17. Segnaliamo inoltre che tale applicabilità del 1223 ai soli danni consequenziali potrebbe trovare un riscontro storico nei noti esempi di Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, cit., n. 161- 162, il quale introduceva i criteri di

Chiusa la parentesi, particolarmente significativo sul punto della correlazione tra valore della prestazione e valore ulteriore è l'appena citato l'art 1518[336] che disciplina il risarcimento in caso di inadempimento inserito in una vendita avente per oggetto un bene con un "prezzo corrente"[337], dove per prezzo corrente si intende (*ex* art. 1515 terzo comma) un prezzo stabilito per atto della pubblica autorità o risultante da listini di borsa o da mercuriali, ossia il listino del prezzo medio di una merce emanato dalla Camera di commercio. In tal caso «il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna, salva la prova di un maggior danno», "maggior danno" che dunque è il danno ulteriore rispetto al valore della prestazione al netto della controprestazione.

Mettiamo per un attimo da parte la disputa che tale norma ha ingenerato sulla natura del riferimento al prezzo corrente – da taluni vista come una presunzione assoluta di danno[338], da altri come una presunzione relativa[339] – e segnaliamo la forza espansiva della regola che può considerarsi, semplicemente disancorando il riferimento al prezzo corrente dall'angusto (e forse anacronistico[340]) spazio a questo assegnato dal terzo

---

conseguenza immediata, conseguenza necessaria e conseguenza prevedibile esclusivamente con riferimento a questi danni "esterni" alla prestazione.

[335] Scrive Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 674-675: «la giustificazione dell'idea dell'inerenza della responsabilità al vincolo obbligatorio risiede nella circostanza che la responsabilità è uno sviluppo del rapporto obbligatorio e non è una conseguenza dell'irruzione di un fattore esterno alla sua dinamica quale può essere il fatto illecito di rilevanza acquiliana. L'inadempimento è infatti una vicenda interna allo sviluppo del rapporto obbligatorio ed il danno è frutto della vanificazione del valore patrimoniale o non patrimoniale incorporato nel diritto di credito, oltre che dei pregiudizi connessi: inadempimento e danno fondano la responsabilità contrattuale senza che nessuno spazio residui per l'influenza esterna di circostanze che al più possono assumere rilievo al fine di escludere la responsabilità».

[336] Cfr. Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 21-34.

[337] Si occupano del risarcimento di un bene avente un prezzo corrente anche gli art. 9:507 PDCE; art. £:707 DCFR;; art. 7.4.6. UNI. Cfr. per alcune considerazioni sul punto Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, cit., 386 ss.

[338] D.Rubino, *La vendita*, Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1971, 987 ss., Greco-Cottino, *Della vendita*, cit., 401 e da ultimo G. D'amico, *La compravendita*, t.1, Napoli, 2013, 557.

[339] C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, 1096 ss.; A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 1998, 304 ss.

[340] I limiti ex 1515 alla definizione di "prezzo corrente" hanno chiaramente la funzione di ancorare il valore della prestazione ad un qualcosa di pre determinato. Tale ancoraggio ha certamente l'utilità di favorire un accordo stragiudiziale per le parti (cfr. F.Bocchini, *La vendita di cose mobili*, Comm. Schlesinger, Milano, 1994, 221 ss.), utilità che, però, viene ad esaurirsi nel momento in cui l'acquirente lamenti il maggior danno. Può anche darsi, però, che la distinzione tra valore di mercato della prestazione genericamente inteso e il valore di mercato ricostruito dalla fonte certa (della Borsa, della Pubblica autorità e delle Camere di commercio) altro non celi che una diffidenza verso, per l'appunto, la capacità di lettura del mercato necessario per la determinazione del prezzo della prestazione. Ora, se nel 1942 tale diffidenza poteva in qualche modo essere giustificata da un grado di sviluppo del mercato non assestato sui parametri odierni, o meglio sulla rudimentalità dell'analisi dell'incontro tra domanda e offerta, la fiducia che oggigiorno viene riposta negli studi di mercato ha probabilmente superato in affidabilità, non diciamo i listini di Borsa, ma di certo i mercuriali delle Camere di commercio. In altre parole l'art. 1515 terzo comma potrebbe celare null'altro che l'idea che solo organismi accentrati di determinazione del prezzo statali o para statali (oggi forse: portatori di un interesse pubblico) fossero "affidabili" ed il lento sgretolamento di tale certezze combinato all'altrettanto lenta ritirata dello stato dal mercato, è ciò che può

comma del 1515, la norma generale per la determinazione del danno di beni aventi un valore di mercato[341], come dimostra anche il riferimento ai beni aventi un prezzo corrente formulato dall'art. 9:507 dei PDCE che non ne restringe la portata a seconda della fonte da cui promanano, d'altronde – può ancora argomentarsi – i mercuriali altro non sono che «quotazioni frutto del lavoro di apposite commissioni, che si riuniscono periodicamente, e dall'apporto di ditte informatrici competenti nei vari settori»[342], ossia: studi di mercato, e dato che – come avremo modo di specificare quando avremo ad occuparci della dicotomia valore d'uso/valore di scambio – il danno patrimoniale ha sempre un valore di mercato (come dimostra in negativo la costruzione della definizione del danno non patrimoniale poggiata sull'ontologica mancanza d'un valore di scambio di tali beni[343]), l'art. 1518 può candidarsi ad essere il paradigma generale del danno patrimoniale da inadempimento – conclusione questa generalmente non accolta[344] – applicabile non solo, oltre i limiti dell'art. 1515, ma addirittura al di fuori delle ipotesi di vendita, come d'altronde dimostra l'applicazione della dicotomia valore della prestazione/danno ulteriore alla disciplina generale delle obbligazione, specificamente all'art. 1307 che disciplina l'inadempimento dell'obbligazione solidale.

---

far apparire "anacronistico"il terzo comma dell'art. 1515. Di diverso avviso è C.M. Bianca, *La vendita*, Tratt. Vassalli, vol. VII, t. 1, Torino 1993, 533 secondo il quale «al di fuori di una rilevazione pubblica manca quella sicura indicazione che sottrae la determinazione del prezzo alla necessità di un atto di *valutazione*», il frammento viene riportato ed è condiviso da D'amico, *La compravendita*, cit., 94).

[341] in questo senso significativa è la definizione di "prezzo corrente" che si trova in P.Greco G.Cottino, *Della vendita*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma,1981, 99: «prezzo corrente, detto anche di mercato o di borsa, che normalmente si forma in base alla legge della domanda e dell'offerta […] avvertendosi al riguardo che si tratta sempre di una determinazione approssimativa, soggetta, in misura maggiore o minore, a continui spostamenti in dipendenza delle divergenti variazioni della domanda e dell'offerta».

[342] Definizione riportata dal sito della Camera di commercio di Roma. Segnaliamo inoltre che lo stretto rapporto che può arrivare fino quasi a sovrapporre i due concetti di valore di mercato e valore risultante dai mercuriali è rinvenibile nel codice all'art. 1474 laddove al secondo comma sembra che i due termini si equivalgano.

[343] *Ex multis*, Castronovo, *Danno biologico*, cit., 34; Id. *Sentieri della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv*., 2008, 805; Id., *La nuova responsabilità civile*, cit., 57, 97-98 e 263; Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 64 s. e Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 111.

[344] Ritengono speciale la norma di cui si discorre, tra gli altri: Rubino, *La vendita*, cit., 988; A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, Eur. dir. priv., 2010, 806; Pacifico, *Il danno da inadempimento*, cit., 216; e da ultimo D'Amico, *La compravendita*, cit., 558. Amplia la portata applicativa della norma, pur con altri argomenti e dinnanzi ad altra fattispecie (l'inadempimento dell'acquirente) Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 155 nota 55. Della stessa opinione espressa nel testo è invece Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 117 secondo il quale «la disposizione dell'art. 1518 cod. civ. è letteralmente riferita all'ipotesi che il prezzo corrente sia stabilito per atto della pubblica autorità, ovvero risulti da listini di borsa o da mercuriali; ma ciò non significa che, fuori di queste ipotesi, il principio di cui è espressione […] debba essere disapplicato».

Per la giurisprudenza che considera speciale tale norma v.: Cass. 16 aprile 1994, n.3614 e Cass., 4 marzo 1998, n. 2386.

L'art. 1518 presuppone la risoluzione e in questo modo emerge che il c.d. danno da risoluzione altro non potrebbe essere che l'interesse del creditore sottratto dell'interesse del debitore, ossia il valore della prestazione dagli occhi del creditore al netto della controprestazione[345], ed è pertanto logico ritenere che accanto alla risoluzione non potrà chiedersi il danno da interesse positivo se non per la parte di questo ascrivibile al lucro cessante[346] e ciò perché «il lucro cessante non è travolto dall'effetto risolutivo, perché codesto effetto, se importa liberazione da entrambe le obbligazioni contrattuali, non cancella l'inadempimento […] e quindi il mancato guadagno da esso derivante»[347] o come da altri sostenuto «l'interesse positivo, depurato […] del valore della prestazione, non più dovuta in seguito alla risoluzione, si limita al lucro cessante, al vantaggio netto che il risolvente avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto»[348]. Il tutto viene detto senza troppo curarsi di quella retroattività di cui è dotata la pronuncia di risoluzione (art. 1458), retroattività che se presa alla lettera dovrebbe travolgere tutto l'interesse positivo del creditore, che cade come cade il contratto con la risoluzione[349],

[345] Sintetizza Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit. 236 che «l'opinione assolutamente dominante è nel senso di ritenere che il creditore, nel momento in cui decide di provocare la risoluzione del contratto, non manifesta affatto la volontà di rinunciare al vantaggio che avrebbe conseguito con l'adempimento, ma intende essenzialmente recuperare la propria libertà rispetto alla controprestazione da lui stesso promessa, liberandosi dall'obbligazione di adempierla o recuperandola, laddove la stessa sia già stata eseguita». Cfr. Bianca, *La responsabilità*, cit., 328. Particolarmente contrario a trarre dal 1518 indici della portata del c.d. danno da risoluzione è A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 145 che considera tale norma una «deroga alla corretta allocazione del rischio contrattuale».

[346] Contra Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 121 ss. secondo il quale: «la cancellazione delle prestazioni corrispettive non consente […] alla parte non inadempiente di invocare quel mancato guadagno che poggia sulla prestazione cui non ha più diritto: la domanda di risoluzione comporta sia la liberazione della parte dall'obbligo di adempimento, sia la sua rinuncia "totale" alla controprestazione». Coerentemente al suo aderire alla dottrina precedentemente definita riduzionista Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 190 ritiene eccessivo il ruolo ritagliato in questo frangente al lucro cessante, esprimendo dubbi «legati all'uso del lucro cessante quale concetto normativo».

[347] Così di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 240. Contrario all'introiezione dell'interesse positivo nel danno da risoluzione è A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 113 s.

[348] C. Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, Eur. dir. priv., 837 e della stessa opinione è Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 643, il quale però aggiunge a questo lucro cessante in senso stretto anche la differenza di valore che la prestazione ha per il creditore rispetto al valore della controprestazione, così avvicinandosi al dettato del 1518 che ritiene certamente risarcibile accanto alla risoluzione la differenza, in eccesso, tra il prezzo di un bene in un determinato momento rispetto ad un altro determinato momento. Il discorso sarà ripreso al paragrafo successivo ma fin d'ora segnaliamo che tale differenza di valore pone non pochi problemi come dimostra anche la difficoltà di Castronovo di classificare tale valore «che non si configura come risarcimento dell'interesse negativo, ma non può essere detto neppure risarcimento dell'interesse positivo nella sua accezione propria» così, Castronovo, *ult. op. cit*., 838 nota 74.

[349] Cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 238 Id. *Le tutele contrattuali*, cit., 220; Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 838, entrambi gli autori adombrano tale via salvo poi superarla, con vari argomenti, come dimostra la convergenza di entrambi sulla risarcibilità del lucro cessante abbinato alla risoluzione e dunque forse ha ragione Pacifico, Il danno nelle obbligazioni, cit., 191 il quale sottolinea quello che è forse il vero problema della retroattività ossia l'assenza «di un'adeguata elaborazione scientifica in merito alla nozione generale di retroatività».

lasciando in piedi solo il danno all'interesse negativo[350] nei confronti del quale il contratto è fatto (storico) e non più atto (negoziale)[351]. Il problema non sembra poggiare sulla duplice interpretazione dell'art.1453, che specialmente con quel «salvo il risarcimento del danno» ha aperto le vie ad un sistema composto da due o tre alternative per il creditore: due nel senso che questo si trova dinnanzi ad un sistema binario: azione d'adempimento-risoluzione[352]; e tre nel senso che questo possa:1) esperire l'azione d'adempimento 2) risolvere il contratto 3) domandare una condanna al risarcimento in via autonoma, che nei fatti si differenzia dal punto precedente per il mancato ricollocamento della controprestazione. Il problema non poggia sulla doppia interpretazione ora data, ma reagisce su entrambe problematizzandole. Infatti se dovesse accogliersi quest'ultima soluzione, che sembra avere un seguito in giurisprudenza[353] proporzionale al seguito che la ricostruzione contraria ha in dottrina[354], non si vede la logica far tornare in dietro una prestazione (la controprestazione) a fronte dell'incameramento di un utilità che arriva dal risarcimento[355], che se pure è vero arriverà al creditore senza il valore della controprestazione, è altrettanto vero che tale decurtazione non cambierà il sinallagma sul semplice presupposto che il corrispettivo di tale mancato incameramento è rinvenibile nel risparmio di spesa cui conduce la restituzione della controprestazione[356]. In altre parole poco cambia tra il risarcimento per equivalente (danno emergente + lucro cessante) e il risarcimento del solo lucro cessante abbinato alla risoluzione, laddove l'equivalente del danno emergente (qui inteso come la controprestazione) viene riconsegnato al creditore sotto forma di restituzione e il tutto viene detto sulla premessa che l'oggetto della controprestazione sia

[350] Cfr. G.Gorla, *L'atto di disposizione dei diritti*, Padova, 1937, 106 ss.; F. Carnelutti, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, Riv. dir. comm., 1923, 330.
[351] Di Majo, *Le tutele contrattuali*, 235; cfr. Castronovo, *Vaga* culpa in contraendo: *invalidità e responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit., 37 ss.
[352] in questo senso sembra interpretare la norma, tra gli altri, Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 60.
[353] Così Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 279.
[354] Così Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, cit., 802 e della stessa opinione è Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 316. La dottrina in questione trova al suo interno, tra gli altri, L. Mengoni, *Intervento*, Processo e tecniche di attuazioni di diritti, a cura di S.Mazzamuto, Napoli, 1989, spec. 170.
[355] Secondo Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 835-836 «reputare […] che il risarcimento possa riferirsi all'interesse positivo, cioè all'interesse all'adempimento, significa imporre all'inadempiente il soddisfacimento di quell'interesse, che con la domanda di risoluzione si dichiara in pari tempo di non voler più perseguire».
[356] Il ragionamento ora formulato si trova anche in Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 643 il quale aggiunge alla dinamica sopra descritta la considerazione giustificativa che «in nessun modo la possibilità di risoluzione può determinare una distorsione degli incentivi economici, poiché essa ha un presupposto necessario nell'inadempimento del debitore, e dunque in un fatto estraneo alla sfera di influenza e controllo del creditore».

una somma di denaro, ma se ad esempio questa è un'obbligazione di fare, dinnanzi alla difficoltà di vedere nella traslazione invertita cui conduce la risoluzione una vera e propria restituzione[357], appare evidente come le soluzioni 2) e 3) sopra descritte di fatto combaciano. Ragionamento questo che poi dovrebbe condurre allo stesso risultato di negare la risarcibilità del lucro cessante accanto alla risoluzione laddove si accolga il sistema di alternative binario risoluzione-azione di adempimento. In tale sistema le vie del risarcimento sostitutivo si aprono solo laddove l'azione di adempimento diviene impossibile per causa imputabile al creditore[358] e pertanto, nei limiti in cui quanto sopra sostenuto appare attendibile, la totale soddisfazione del creditore data dalla somma tra la restituzione della controprestazione e il risarcimento del lucro cessante appare evidentemente come un risarcimento sostitutivo ottenuto "per le vie brevi".

Il ritenere risarcibile il mancato guadagno accanto alla risoluzione ha permesso comunque di definire i contorni dei danni consequenziali, che si palesano come quei danni che "sopravvivono" alla risoluzione[359] poiché non si collocano «al posto» ma «accanto» rispetto alla prestazione [360] che con la risoluzione viene meno: il mancato guadagno e la lesione dell'interesse negativo. I due danni ora citati pur avendo in comune questo potersi racchiudere nel medesimo insieme si differenziano tra loro per la funzione che essi svolgono, e se non si vuole accogliere la tesi sopra ventilata che (anche) al mancato guadagno può attribuirsi una funzione di "pagamento", e che perciò solo il danno da interesse negativo è l'unico vero danno al quale è corretto abbinare il concetto puro di risarcimento[361] (perché lo ripetiamo: «il risarcimento del danno occupa nel panorama delle tutele uno spazio preciso e non manipolabile *ad libitum*: suo specifico compito è quello di restaurare l'integrità del patrimonio […] del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica, in tal modo svolgendo,

[357] Cfr. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 198.

[358] «se e fino a quando la prestazione sia possibile, la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con la pretesa di risarcimento dei danni», così Mengoni, *Intervento*, cit., 170, nota 6.

[359] Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 220.

[360] «Il danno che si colloca "al posto" della prestazione presuppone, come si dice, "la liquidazione del rapporto obbligatorio" per quanto riguarda l'obbligo di adempimento e/o meglio la sua sostituzione con il risarcimento, il danno che si colloca "accanto alla prestazione" presuppone che esso conviva con il mantenimento di essa» così di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 169 e sulla medesima linea si era posto Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1072 secondo il quale «la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inerisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo, o accanto al, dovere primario di prestazione».

[361] Aderendo alla tesi da ultimo prospettata, negando che il conseguimento dell'utilità contrattuale per equivalente passi per il medio del danno e dunque del risarcimento, saremo portati a dare solo alla lesione dell'interesse negativo la classificazione di danno e pertanto l'unico danno emergente conseguenziale sarebbe questo, che non trovando più il suo omologo in funzione di tutela dell'interesse positivo, ben potrebbe essere danno emergente tout court.

come pure si è detto, una funzione tipicamente conservativa»[362]), resta l'evidenza che, in un certo senso, il danno/mancato guadagno nasce dall'inadempimento mentre il danno/interesse negativo nasce dal contratto, o meglio, come da altri sostenuto: «il principio fondamentale è che il risarcimento deve porre il contraente leso in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato esattamente adempiuto […e] a questo concetto si contrappone quello del risarcimento rivolto a porre il contraente leso in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse stipulato il contratto»[363], laddove è evidente che se se il contratto non fosse stato stipulato, nessun diritto al guadagno (poi mancato per l'inadempimento) sarebbe sorto. Riferiamo che quanto detto non è altro che il fondamento teorico di chi rileva una condivisibile uniformità di struttura tra l'illecito aquiliano e i danni all'interesse negativo "vestito" da cc.dd. obblighi di protezione «i quali hanno reso risarcibile come contrattuale un danno che ha la medesima configurazione del danno da fatto illecito»[364] e a questo possiamo aggiungere l'opinione – già riferita poco sopra – di chi ritiene che, tale tipologia di danno, «non guarda al contratto come fonte negoziale di obblighi ma ad esso come fatto storico»[365] poiché «l'oggetto dell'interesse che qui viene tutelato: non è quello al conseguimento del profitto o utilità derivante dall'esecuzione del contratto ma quello a non subire il (peso del) danno derivante dal fatto che il contratto, come fatto storico, è comunque venuto in essere»[366] e il tutto ci permette di affermare con discreta sicurezza che – per quanto non è molto diffusa la riconduzione del mancato guadagno risarcito ad una funzione differente rispetto al danno emergente consequenziale – è di certo diffusa la consapevolezza della diversità strutturale tra il risarcimento del danno conseguenza/mancato guadagno e del danno conseguenza/danno emergente[367].

---

[362] Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 50, ed in nota, a conclusione del frammento riportato, si trova Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, cit., 442 ss.; cfr. sul punto anche di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 245.
[363] Trimarchi, *Il contratto, inadempimento e rimedi*, cit., 111.
[364] Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 85,
[365] Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 235, il quale successivamente (237) afferma che il danno da interesse negativo ha carattere statico e non dinamico, laddove il danno "prettamente" contrattuale ha – al contrario del danno extracontrattuale – per sua natura carattere dinamico. Sulla dicotomia danno dinamico/danno statico cfr. anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595-596; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2010., 76; Grisi, *Sub. art*. 1223, cit., 169.
[366] Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 172.
[367] Segnaliamo il punto di vista di Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 223 ss, secondo il quale (riproponendo un ragionamento e un esempio già presente in Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 645) il danno contrattuale deve commisurarsi all'interesse positivo, ma a questo si può pervenire «ricavandolo induttivamente dalla considerazione di quello negativo, sulla base dell'assunto logico per cui ogni

2.3. Il ruolo del valore di mercato nella valutazione della prestazione e le modificazioni del valore dell'interesse del creditore. Ancora sull'art. 1518.

Abbiamo scritto poco sopra che ogni prestazione «ha come minimo due valori: il valore che alla prestazione dà il creditore ed il valore che alla prestazione dà il debitore» [368]. Quel "come minimo" è dovuto ad un terzo valore che può differenziarsi dai primi due, anche se a determinate condizioni tende a coincidere con il valore che alla prestazione dà il venditore[369]: il valore di mercato, che sembra assumere una portata sempre più invasiva all'interno dei criteri di determinazione del danno come rileva chi ritiene che le moderne c.d. *model rules* «sono chiaramente ispirate all'accoglimento del mercato come criterio principale, e talvolta tendenzialmente esclusivo, di determinazione del danno»[370] e tale indirizzo sembra inoltre avvalorare la, ed al tempo stesso essere avvalorato dalla, predominanza dei parametri mercantili che assumono le sembianze di

---

soggetto si determina a sostenere costi economici unicamente in ragione di un vantaggio che, almeno soggettivamente, li ecceda». Il ragionamento viene svolto all'interno di ipotesi in cui l'interesse positivo è di difficile determinazione poiché non incidente in via diretta su beni patrimonialmente apprezzabili: se un'associazione non lucrativa – esemplifica Ambrosoli sulla scia di Trimarchi – stipula un contratto per la locazione di una sala congressi e sostiene spese per pubblicizzare l'evento che lì intende tenere, in caso di inadempimento di controparte la pretesa risarcitoria sarà diretta «anziché verso il danno da mancato profitto (che, nel caso indicato, sarebbe inesistente), verso i costi sostenuti per organizzare l'evento» (*ibidem*, 222). Il sotteso dell'idea dell'autore è quello – qui non condiviso – di ritenere il "danno negativo" un criterio integrativo di determinazione del danno positivo ossia che «è da escludersi che il risarcimento dell'interesse negativo possa cumularsi con quello dell'interesse positivo», così Trimarchi, *ult. op. cit*., 644, che prosegue poi «nessuno può pretendere il profitto che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto e, in aggiunta, il profitto che si sarebbe potuto ottenere solo non stipulando il contratto stesso», ebbene la distanza tra le due ricostruzioni, quella qui sostenuta della possibile somma dei danni ai due interesse e quella di Trimarchi e Abrosoli forse può riscontrarsi nel fatto che questo secondo profitto che si sarebbe potuto ricevere non stipulando il contratto, non è un profitto ma semplicemente un danno, o forse meglio: non è un danno al profitto ma un danno *tout court*, la cui risarcibilità non è alternativa al danno al profitto. Sul sistema alternativo danno positivo/danno negativo, Ambrosoli torna alle pp. 234 ss. spec. 238.

[368] Come rilevato da Greco-Cottino, *Della vendita*, cit., 98-99 la determinazione del prezzo di vendita può seguire sei alternativa: 1) prezzo risultante da trattative (es. vendita immobiliare); 2) prezzo fissato dal venditore (es. prezzo esposto in vetrina); 3) prezzo di arbitraggio, ossia determinato da un terzo; 4) prezzo di incanto o di licitazione (ossia quello che è disposto a pagare il miglior offerente); 5) prezzo corrente qui sinonimo di prezzo di mercato. 6) prezzi d'imperio.

[369] Sempre Greco e Cottino, *Della vendita*, cit., 114 scrivono: «se il venditore opera in concorrenza, è difficile che, a parità di requisiti della merce, possa *abitualmente* praticare un prezzo diverso da quello del mercato in cui opera, dall'altro lato perché se il venditore esercita il suo commercio in regime di esclusiva o di monopolio, di fatto o di diritto, il suo prezzo è in fondo anch'esso un prezzo di mercato, salvo che si determina secondo i presupposti specifici del monopolio in base al così detto punto Cournot». Cfr. anche Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., spec. 532., che scrive in merito alla vendita mobiliare contrapposta alla vendita immobiliare «la presenza di un più elevato flusso di contrattazioni consente, spesso, di determinare con maggior precisione il valore di mercato del bene promesso, e se lo stesso è agevolmente reperibile il suo valore soggettivo non si distacca da quello di mercato».

[370] Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, cit., 387; cfr. Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 180.

giustificazione funzionale della *ratio* compensativa[371] che «nelle codificazioni moderne, postula e impone, al tempo stesso, la generalizzazione del mercato»[372], è d'altronde l'art. 1518 a ritagliare esplicitamente un certo ruolo al valore di mercato di un bene, ed anche noi sopra nell'esempio della vendita per 5 di un bene il cui valore di mercato è 5000 avevamo dato un certo ruolo a tale valore, ruolo che ora ridimensioneremo, sul semplice presupposto che: se il valore di mercato di un bene non è che l'incontro astratto tra domanda e offerta[373], laddove questo abbia, in un contratto, assunto la dimensione d'incontro concreto, per la logica che il dato più preciso annichilisce la portata dimostrativa di quello meno preciso, del valore di mercato di un bene non dovrebbe – nella maggior parte dei casi – discorrersi all'interno della determinazione del danno contrattuale[374] e qualcosa di analogo può trovarsi tra le righe della recente sentenza Cir-Finivest[375].

Se ragionassimo in maniera differente, ossia se dessimo al valore di mercato la funzione di determinare il valore di una prestazione ci troveremo di fatto dinnanzi ad una grossa compressione dell'autonomia privata, poiché il sotteso non sarebbe altro che l'impossibilità per le parti di dare ad una prestazione un valore differente dal valore generalizzato nell'incontro astratto tra domanda e offerta, impossibilità non diretta,

---

[371] Scrive Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 883 che la *ratio* compensativa «non solo provvede al compito di compensare in capo al danneggiato la ricchezza perduta, ma vi provvede addirittura trasferendogli questa ricchezza secondo parametri propriamente mercantili e, perciò, nella misura in cui il suo trasferimento si mostra giustificato secondo le "leggi del mercato"».

[372] Così sempre M. Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 625. Cfr. sul punto anche Messinetti, *Danno giuridico*, cit., spec. 495-496.

[373] Ed è pertanto soggetto «in misura maggiore o minore a continui spostamenti in dipendenza delle divergenti variazioni della domanda e dell'offerta», così, Grego- Cottino, *Della vendita*, cit., 99.

[374] Qualcosa di analogo può trovarsi in Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 20 nota 62 laddove sostiene che «se il bene andato perduto era promesso in vendita, il danno emergente dovrà essere valutato sulla base di quel concreto atto di disposizione, non più realizzabile». Certo è che in mancanza di dato più preciso quello meno preciso torna in rilievo, come sembra affermare anche Trimarchi, *Il contratto inadempimento e rimedi*, cit., 117.

[375] Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, a margine della quale l'università Bocconi organizzò una tavola rotonda i cui interventi sono oggi pubblicati su Resp. civ. prev., 2014, 8 ss., in questi interventi, il tema che ora ci occupa è toccato da G. De Nova, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno* ex *art. 2043* e V. Roppo, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale». Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori* rispettivamente alle pp. 14-15 e 28-29. Dinnanzi alla sentenza che ha deciso di quantificare il danno non parametrandosi al valore di mercato dell'oggetto della controversia, ma sul diverso valore risultante da una precedente offerta compiuta tra le parti, De Nova – che scrive anche in qualità di chi in quel processo difese Finivest – ritiene che «il principio, se proprio si vuole applicare la teoria del contratto sconveniente, non può che essere, per non sconfinare nell'arbitrio, di fare riferimento al contratto che sarebbe stato concluso secondo il mercato: che è quanto avevamo invano chiesto di verificare alla Corte d'Appello milanese», risponde a stretto giro Roppo – che scrive anche in qualità di chi in quel processo difese Cir – che il valore di mercato è un «*second best*» laddove non esistano indicazioni più precise, in presenza delle quali, conclude condivisibilmente Roppo «perché si sarebbe dovuto invece privilegiare un approccio astratto, assumendo parametri che riflettono meno fedelmente la specifica realtà del caso in decisione?».

ossia le parti comunque potranno nel contratto stabilire il prezzo di 4 per il bene il cui valore di mercato è 10, ma impossibilità indiretta, poiché in caso di inadempimento a rilevare sarà 10 e non 4, palesando l'irrilevanza della diversa volontà espressa nell'accordo.

Premettiamo che, come precedentemente affermato, il valore dell'interesse per la prestazione del debitore/venditore è il valore della controprestazione, poiché è questa a spingere il venditore a contrarre; ribadiamo inoltre che il valore dell'interesse per la prestazione del creditore/acquirente è quello che *ex* 1225 diverrà l'oggetto del risarcimento. Per impostare il discorso cominciamo col sottolineare che – astrattamente – il valore di mercato può divergere per eccesso o per difetto dal valore della prestazione (da qui in poi: interesse) sia dal punto di vista del creditore, sia dal punto di vista del debitore. Il tema della divergenza per difetto tra valore di mercato e l'interesse del creditore, ossia un valore di mercato inferiore al valore dell'interesse del creditore, è assorbito dall'analisi precedentemente fornita sull'art. 1225, ma sarà qui comunque ripreso. Il tema della divergenza per eccesso tra valore di mercato e l'interesse del creditore, ossia un valore di mercato superiore all'interesse del creditore, può porsi solo nel caso in cui anche la controparte abbia un interesse inferiore rispetto al valore di mercato e pertanto sarà trattato assieme a questo caso. L'ipotesi contraria, ossia un interesse del debitore maggiore o pari al valore di mercato abbinato ad un interesse del creditore inferiore al valore di mercato – semplicemente – non esiste, nel senso che nessuno è disposto a pagare per una cosa più del valore del proprio interesse[376]. Sul fronte del debitore, per la stessa ragione appena espressa non è pensabile che il debitore dia alla prestazione un valore superiore al valore di mercato, cosa che produrrà esclusivamente l'impossibilità dello stesso di liberarsi di una prestazione che altri forniscono ad un prezzo più conveniente, è, invece, possibile che questo abbia un interesse inferiore al valore di mercato laddove intervengono motivi estrinseci al singolo accordo. Cominceremo da questo caso, ma prima occorre tenere presente dell'esistenza di due variabili rilevanti sul tema del valore di mercato, la prima è che il valore di mercato ha un tasso di approssimazione inversamente proporzionale allo sviluppo del mercato di un determinato bene[377]: ossia esistono beni per i quali le singole

[376] Come sosterremo a breve, però, i valori di mercato possono variare e dunque l'ipotesi ora formulata può presentarsi laddove il valore di mercato d'un bene cresca senza che cresca il valore che il creditore assegna a tale bene, segnaliamo qui, che tale ipotesi non è altro il fondamento fattuale del c.d. inadempimento efficiente poiché in questo caso il debitore si trova in mano una prestazione che per il mercato vale di più di quanto vale per il creditore.

[377] Cfr. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio,* cit., 532 ss.

compravendite riproduco sempre, in condizioni di normalità, nel prezzo il valore di mercato, si pensi al mercato ortofrutticolo; ed esistono beni per i quali il valore di mercato ha al massimo la funzione di indice molto approssimativo, come avviene ad esempio per la determinazione del valore di arte moderna o contemporanea dove quasi sempre la stima effettuata da un esperto (non a caso generalmente presentata come una forbice tra prezzi) viene senza sorpresa contraddetta all'interno del singolo scambio. La seconda variabile riguarda l'instabilità del valore di mercato, ossia la sua possibile modificazione nel tempo, e avremo modo di occuparcene a breve.

Torniamo all'art. 1518 riformulato equiparando, per i motivi di cui sopra, il prezzo corrente al valore di mercato: il danno risarcibile è la differenza tra il prezzo convenuto e il valore di mercato nel luogo e nel giorno della consegna, salva la prova del maggior danno. Sembrerebbe a prima vista che – per questa norma – il valore della prestazione sia proprio il valore di mercato, poiché è questo valore che (oltre al maggior danno) può essere considerato il valore dell'oggetto del diritto di credito. Se il prezzo convenuto è 4 e il valore di mercato è 10, io – acquirente non inadempiente – ho diritto a 10 che poi nell'obbligazione risarcitoria diverrà 6 (ossia la differenza di prezzo tra il valore convenuto e il prezzo di mercato) poiché 4 ho già ricevuto a titolo di restituzione della controprestazione.

Non ci sembra però poter essere questa la logica della norma. La prima domanda che bisogna porsi è: perché le parti hanno stabilito un prezzo convenuto inferiore al valore di mercato? e salvo un'asimmetria informativa o altre sofisticazioni utili ad incidere sul consenso (es. art. 1440), non sembra che alla domanda possa darsi una risposta differente da: avranno avuto i loro buoni motivi. Lasciando in nota esempi di questi "buoni motivi"[378] la predominanza del valore di mercato rispetto alla controprestazione

[378] Restiamo nella stretta interpretazione di prezzo corrente, prezzo tra le altre cose determinato dai listini di borsa (*ex* art. 1515). Poniamo azioni il cui valore da listino è 10. Ora mettiamo che Tizio, bisognoso di denaro liquido, decida di vendere parte delle sue azioni. Se le vendesse sul libero mercato riceverebbe come contro prestazione il valore di 10 ad azione, ma specifichiamo che, ad esempio per mantenere il suo potere decisionale all'interno della società oppure per evitare di rafforzare soci con cui non condivide determinate strategie, Tizio preferisca vendere le sue azioni al suo fidato amico Caio, Caio che però non è disposto a comprarle a 10 bensì a 4. Tizio accetta poiché considera che i vantaggi che riceverà dal non vedere ad acquirenti "ostili" è maggiore della perdita (del valore di 6 ad azione) che subisce vendendo ad acquirenti "amici". Ipotizziamo poi che Tizio, ad accordo perfezionato ma non attuato, ci ripensi. Se applicassimo l'art. 1518 come ora interpretato dovremo dire che il valore del bene oggetto della vendita è 10 moltiplicato per il numero delle azioni vendute e che dunque il danno subìto da Caio corrisponde a questo valore, così facendo però, non stiamo riconoscendo il peso complessivo di tutti i motivi che hanno indotto le parti a deviare dal valore di mercato e stiamo di fatto incentivando Caio ad avere quel comportamento opportunistico che consiste, da un lato nel giovarsi (in caso di attuazione dello scambio) dei motivi che hanno indotto Tizio ad abbassare il prezzo, e dall'altro nel giovarsi anche (in caso di inadempimento) della non considerazione di tali motivi, dinamica che si sostanzia dunque nella non sovrapponibilità della funzione economica dello scambio con la funzione giuridica del risarcimento,

(laddove la seconda è inferiore alla prima) ad altro non porta che una contraddittoria emersione del doppio vantaggio del creditore, che in caso di adempimento si avvantaggerà del minor prezzo con cui riceve la prestazione e in caso di risarcimento si avvantaggerà del maggior prezzo inserito nel risarcimento.

Una giustificazione all'operatività della norma in questa accezione viene comunemente basata sulla funzione del risarcimento che – viene sostenuto[379] – deve mettere il creditore deluso nella condizione di reperire senza aggravio sul mercato lo stesso bene e

---

sovrapponibilità che riteniamo di aver dimostrato. Potrebbe ora obbiettarsi che se Caio, piuttosto che per la risoluzione optasse per l'azione d'adempimento e dunque per la realizzazione coattiva dello scambio, il valore incamerato da Caio sarebbe comunque di 10 ad azione, e dunque per il principio dell'equivalenza tra adempimento e risarcimento (risarcimento, per l'appunto, definito per equivalente) a questo valore dovrebbe farsi riferimento. L'obbiezione non tiene però in considerazione che le azioni vendute da Tizio a Caio non sono azioni normali, ma azioni gravate dall'obbligo di comportarsi in maniera "amichevole", obbligo che per quanto nell'esempio fatto sembrano assumere le sembianze di obbligo morale nulla osta (ed anzi nella prassi può darsi per scontato) che questo assuma le sembianze di obbligo civile laddove, ad esempio, all'interno della vendita sia presente anche un patto parasociale (ex art. 2341 bis.), patto che lo ricordiamo, laddove non formatosi in seno a società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ha forma libera. In questo caso, laddove Caio proceda con l'adempimento coattivo, per quanto si trovi in mano azioni dal valore di 10, ha in realtà in mano azioni con un valore di molto inferiore. Se infatti Caio decidesse, prima della scadenza del patto, di rivendere le sue azioni sul libero mercato riceverebbe 10 da ogni singola azione, ma la somma così determinata dovrebbe scontarsi l'entità del risarcimento che dovrebbe a Tizio per l'inadempimento del patto parasociale. E quale può essere il "prezzo" di tale inadempimento se non il valore che a tale patto dava (*ex*. art.1225) Tizio: ossia 6 ad azione? Il risultato è perciò equivalente.

Quanto descritto è solo la prima emersione dell'inconsistenza del parametrarsi al valore di mercato. Poniamo un mercuriale che dà al bene "mele" il valore di 5 (altro prezzo corrente a mente dell'art. 1515) e ipotizziamo che Tizio abbia scoperto un metodo innovativo nella produzione che permette di abbassare i costi di produzione al punto da potersi presentare sul mercato con delle mele al prezzo di 4. Nell'attesa che l'innovazione di Tizio abbia ripercussioni sul valore di mercato delle mele (processo che potrebbe anche non avvenire, se Tizio non aumenta la produzione né vende il suo brevetto) il grossista Caio continua a rifornirsi da Tizio poiché la somma 1 risparmiata diviene un 1 guadagnato nel momento della vendita al dettaglio. Poniamo che per un qualche motivo (comunque imputabile a Tizio) in un determinato mese le mele non vengano consegnate a Caio. Interpretando senza *grano salis* l'art. 1518 dovremmo quantificare l'inadempimento in 5 moltiplicato il numero delle mele, ma così facendo non stiamo riconoscendo che Caio aveva di che giovarsi nel diverso prezzo pattuito con Tizio e dunque, indirettamente, stiamo non tutelando il sistema concorrenziale del mercato, sistema concorrenziale che invece dovrebbe spingere ad una maggiore considerazione del punto di vista di Tizio che altro non ha fatto se non farsi promotore degli effetti virtuosi del sistema: incentivare l'innovazione per ottimizzare l'efficienza.

Questi due esempi dimostrano quanto prima affermato: se il venditore ha deciso di discostarsi dal valore di mercato un motivo deve pur averlo e di tale motivo non si può non tener conto nella determinazione del risarcimento che, dunque, torna ad estromettere dal computo il valore di mercato, che – lo ripetiamo – in quanto generalizzazione non introietta determinazioni singole (o meglio valori d'uso non generalizzabili), e non c'è proprio alcun motivo per cui tali valori non debbano essere presi in considerazione, anzi, come avremmo modo di dimostrare analiticamente, il contratto, e la responsabilità contrattuale di conseguenza, è la sede per eccellenza della rilevanza (giuridica) di interessi singoli contrapposto alla tutela di interessi comuni, nel significato che a questi assegneremo poi, interessi comuni che invece di norma sono l'oggetto della tutela aquiliana.

[379] Cfr. ad esempio Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 758 dove viene premessa la conclusione di un elaborata analisi giuridica delle c.d. riparazioni antieconomiche, analisi che se pur dettata all'interno del campo extracontrattuale arriva a tale conclusione generalizzabile: «il concetto normativo di danno risarcibile pare corrispondere, nell'aspetto del c.d. danno emergente, al valore di scambio del bene al momento della lesione, cioè alla somma di denaro necessaria per acquistare, in tale momento, un bene analogo».

a questa dinamica corrispondono le teorie sul c.d. "accordo sostitutivo"[380] che sembra essere l'oggetto dell'art. 1516 e di cui si occupano gli art. 9:506 PDCE; art. 3:706 DCFR; art. 7.4.5 UNI. Se compro il bene X, io al bene X ho diritto e se questo mi è stato venduto a 4 laddove, altrove, avrei per lo stesso pagato 10, in caso di inadempimento ho comunque diritto al bene X "costi quel che costi", ossia 10. Rientra d'altronde nel prevedibile, aggiungiamo qui, che se l'interesse non verrà soddisfatto con l'adempimento questo, se possibile, dovrà essere soddisfatto altrove. Ma proprio quest'ultimo argomento ci permette di confutare tale interpretazione. A tacer d'altro, infatti, è possibile che l'acquirente si determini all'acquisto del bene proprio in virtù del differente costo, ossia se costui si sarebbe astenuto dinnanzi ad una controprestazione di 10 ben può essere che solo la diversa pattuizione di 4 abbia determinato la scelta di contrarre, se perciò con il risarcimento ci parametriamo al valore 10 stiamo arricchendo il creditore di una prestazione che eccede (nella quantificazione) il suo interesse.

Uno degli argomenti principali di chi vede nell'art 1518 una norma speciale risiede nella certezza del valore di mercato che contraddistingue i beni elencati all'art. 1515. Questo è di certo un ottimo punto di partenza. Stralciando dal ragionamento il prezzo fissato dalla pubblica autorità, che comunque in questa logica può rientrare ma si discosta da una valutazione prettamente mercantile[381], ciò che unisce il listino di borsa al mercuriale è la riferibilità a valore instabili ma certi. Instabilità e certezza sono le due caratteristiche a nostro parere fondano la *ratio* dell'art. 1518. I listini di borsa possono mutare più volte nel medesimo giorno e i mercuriali si esprimono in tabelle che prevedono un prezzo mensile. Se si ritiene attendibile quanto affermato in apertura del paragrafo, ossia che le parti sono libere di determinare un prezzo inferiore al prezzo di mercato e di tale differenza di prezzo il risarcimento non può tener conto, emerge chiaramente come, pur nel silenzio della legge sul punto, l'art. 1518 si applica solo laddove le parti hanno stabilito come prezzo convenuto il prezzo di mercato di quel momento, d'altronde – salvo i casi su espressi in cui motivazioni estrinseche hanno indotto le parti ad assestarsi su un differente prezzo – generalmente per beni il cui mercato è sviluppato al punto da determinare la certezza del prezzo dello scambio è 'normale' che controprestazione e valore di mercato coincidono, e troviamo un riscontro di quanto sostenuto nella rubrica della norma che, non a caso a nostro parere, parla di

[380] Cfr. Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, cit., 385. Cfr. anche Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 129 ss. dove esplicitamente vengono sovrapposti i concetti di risarcimento e di procurare *aliunde* la soddisfazione dell'interesse del creditore.
[381] Cfr. D'Amico, *La compravendita*, cit., 109 ss.

“normale determinazione del danno”. Interpretato in questo modo l’art. 1518 si inquadra coerentemente all’interno del sistema fin qui descritto poiché la divergenza tra prezzo convenuto e valore di mercato rileva esclusivamente in caso in cui questo secondo valore sia mutato (aumentando, se inadempiente è il venditore; diminuendo, se inadempiente è l’acquirente) rispetto al tempo dell’accordo. Avevamo deciso di riscontrare nella certezza e nell’instabilità le caratteristiche dei beni aventi, nella definizione meno estensiva, un “prezzo corrente”, ora spieghiamo che la certezza fa sì che statisticamente il prezzo del contratto non si distacchi dal prezzo di mercato e l’instabilità fa sì che poi il valore convenuto possa distaccarsi dal prezzo di mercato se questo prende a parametro un altro momento rispetto a quello dell’accordo e, date queste due premesse, ben può sostenersi che la stipulazione di tali contratti ad esecuzione differita «non abbia altra funzione, se non quella di trasferire sul venditore il rischio dell’aumento del prezzo di mercato, consentendogli corrispettivamente di avvantaggiarsi delle sue eventuali diminuzioni»[382]. Ciò che emerge è la funzione di «riserva d’utilità»[383] del valore della prestazione, riserva d’utilità il cui valore può variare senza determinare una trasformazione funzionale della parte di risarcimento che vuole coprire il diritto, leso con l’inadempimento, che sarà pur sempre danno emergente. Letta in questi termini la vicenda appare simile a quanto incidentalmente verrà sostenuto sul danno extracontrattuale[384], seppure in ciò non si risolva, ossia che per quanto attiene alla proprietà, dall’angolo di visuale del risarcimento del danno emergente, non si ha la proprietà di un bene ma si ha la proprietà del prezzo d’un bene, prezzo che può variare.

Per giustificare quest’ultimo assunto riprendiamo quanto dicemmo sulla diversificazione probatoria che caratterizza il risarcimento del danno da interesse positivo intrinseco alla prestazione e il danno da interesse positivo estrinseco alla prestazione, ossia il lucro cessante: la prima prova ha ad oggetto il valore di un danno, la seconda ha ad oggetto un danno (ulteriore) *tout court*. Nel caso vi sia una modificazione nel valore di mercato di un bene stiamo chiaramente all’interno di una valutazione sul valore e già questo dovrebbe far propendere per l’accostamento del danno in questione al danno emergente/valore della prestazione.

---

[382] Così Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento,* cit., 646., il quale formula il virgolettato non con riferimento specifico al 1518 ma con riferimento più generale alle ipotesi in cui non vi siano difficoltà a trovare immediatamente sul mercato prestazioni sostitutive a quella rimasta inadempiuta.

[383] Presa in considerazione da Messinetti, *Danno giuridico,* cit., 90.

[384] Capitolo 3, paragrafo 5.1.

Si trova sovente un ragionamento opposto che ascrive tale valore differenziale ad un lucro cessante. Il sotteso è l'ipotetica rivendita del bene che avrebbe compiuto il creditore a seguito dell'adempimento: se risarciamo il valore differenziale, dunque, è per via del fatto che anche tale valore sarebbe entrato in un momento successivo nel patrimonio del creditore, anche se non per mano del debitore ma di un altro soggetto. Se così fosse, però, andrebbe provata la volontà del creditore di liberarsi del bene[385] o in alternativa l'art. 1518 andrebbe considerato – come pure è stato fatto – un'eccezione a tale regola[386], eccezione di cui però sfuggono le ragioni: non si vede perché se il bene ha un valore di mercato accertato da listini di borsa e mercuriali è lecito dare per scontato che il creditore reinserirà il bene all'interno del mercato. Se portassimo alle estreme conseguenze questa ipotetica rivendita del bene e la rendessimo generalizzabile, così da poter non vedere nell'art. 1518 un'ingiustificata eccezione, arriveremo a sostenere che ogni danno da interesse positivo non è altro che un lucro cessante poiché ogni inadempimento impedisce di ricollocare sul mercato il bene, e non può per tanto essere questa la strada da percorrere, salvo concordare con la provocazione di Tedeschi secondo il quale il danno emergente si risarcisce solo in quanto causa di un lucro cessante[387]. L'argomento è già stato accennato a conclusione del capitolo precedente e qui possiamo sottolineare un'utilità di quella che abbiamo definito la concezione eziologica del lucro cessante, ossia permettere d'avere un chiaro indice di differenzazione dal danno emergente.

Il valore differenziale oggetto dell'art.1518 è perciò un danno emergente, aggiungiamo da lesione dell'interesse positivo. La specificazione si rende necessaria per via della teoria del c.d. costo-opportunità, sintetizzabile nell'autonoma considerazione come

[385] Ragionamento analogo è svolto sul diverso ma vicino tema del c.d. danno da svalutazione monetaria da R. Nicolò, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, Foro it., 1944-1946, IV, 45 ss., secondo il quale «poiché la finalità precipua del risarcimento è quella di reintegrare il creditore nella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se l'adempimento avesse avuto luogo tempestivamente, è chiaro che, in tanto si può dire che il creditore abbia risentito nel proprio patrimonio di un *danno*, in conseguenza del fatto di non aver ricevuto moneta non svalutata, in quanto risulti che egli, se avesse ricevuto il pagamento all'epoca dovuto, non avrebbe risentito o avrebbe solo parzialmente risentito gli effetti della svalutazione».

[386] Così, Greco-Cottino, *Della vendita*, cit., 401 che argomentano sostenendo che «per ottenere detta differenza [tra il prezzo corrente e quello pattuito] l'attore può limitarsi a provarne l'esistenza sulla base dei due prezzi, senza bisogno di provare altresì, se compratore, di aver ricomprato ad un prezzo maggiore del pattuito, o, se venditore, di aver rivenduto ad un prezzo minore […] trattasi in sostanza della determinazione preventiva *à forfait* di una parte di danni meramente presunti […] la legge crea così una presunzione *assoluta* di danno non vincibile da alcuna prova».

[387] G. Tedeschi, *Il danno e il momento della sua determinazione*, Riv. dir. priv., 1933, 257 ss. cfr. Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 259-260 secondo il quale «la provocazione di Tedeschi […] coglie un elemento di verità nella misura in cui per stimare il danno emergente, ad esempio la perdita di un bene, si fa riferimento al valore di mercato dello stesso e, pertanto, al guadagno che si conseguirebbe da una sua eventuale alienazione».

danno delle alternative perdute nel momento in cui si è deciso di contrarre con quel soggetto che poi si rivelerà inadempiente[388]. Il problema di questa tipologia di danno che si atteggia a "lucro cessante da interesse negativo"[389], ossia un lucro cessante che sorge dal contratto e non dall'inadempimento, è il suo sovrapporsi con l'interesse positivo *tout court*. Se compro un'automobile e l'automobile non mi viene consegnata è chiaro che il danno che ricevo per aver contratto con un inaffidabile inadempiente (interesse negativo) è lo stesso danno che si identifica nella mancata prestazione (interesse positivo)[390], ossia «in situazioni di mercato trasparente e concorrenziale si può presumere che gli affari trascurati siano equivalenti al contratto concluso: in tal caso l'interesse positivo "rappresenta" quello negativo e il risarcimento dell'interesse positivo pone il danneggiato in una situazione equivalente non solo a quella in cui si sarebbe trovato in seguito all'esecuzione del contratto ma anche a quella in cui si sarebbe trovato non stipulando il contratto stesso e concludendo un affare alternativo»[391], ma non sembra che a conclusioni diverse debba giungersi se ci muoviamo all'interno di mercati che non rispondano a tale caratteristica. Sebbene la questione venga generalmente esposta facendo riferimento all'analisi economica e dunque alla ricerca di una soluzione che possa definirsi efficiente, la sistematica è in grado di fornire un'argomentazione più semplice ma comunque convincente: il risarcimento sostitutivo, *nomen omen*, sostituisce la prestazione che incamerata per equivalente isola lo scambio dalle alternative, alternative a cui il creditore ha rinunciato nel momento in cui ha deciso di contrarre proprio con quella controparte. Le alternative possono tornare a rilevare laddove è difficile quantificare il valore della prestazione, a

[388] Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 63 scrive: «la voce più importante dell'interesse negativo è costituita dagli affari alternativi trascurati e perduti».

[389] Cfr. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 58.

[390] Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 62: «i contorni della distinzione tra le due figure di danno tendono, nella pratica, a sfumare e ciò è dovuto principalmente alla costruzione delle opportunità perdute (o costi-opportunità) come voce di danno ricompresa nell'interesse negativo. In pratica, […] il riferimento alle occasioni di stipulare con altri un contratto che può essere anche più vantaggioso di quello andato in fumo, fa sì che la liquidazione del danno negativo venga a coincidere con i proventi del contratto non concluso. Questo significa che nel computo del danno negativo (per definizione estraneo alla sfera contrattuale) viene fatta entrare in modo surrettizio la logica propria dell'interesse contrattuale positivo; del resto, come si è giustamente notato "il riconoscimento accordato alle mancate opportunità […] tende inevitabilmente a scolorire i margini differenziali tra interesse negativo e interesse positivo"»

[391] Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 63 che prosegue poi evidenziano che in un mercato che non risponda a tali caratteristiche non opera questa sovrapposizione tra interesse negativo e interesse positivo, ma nonostante ciò, le difficoltà probatorie inerenti all'interesse negativo così specificato ne determinano la non presa in considerazione come parametro di determinazione del danno e «si giustifica così la regola che impone all'inadempiente un obbligo di risarcimento commisurato all'interesse positivo dell'altra parte».

questo punto se le alternative hanno un valore certo, o quanto meno più facilmente dimostrabile, queste tornano all'interno dell'argomentazione, ma un risarcimento che le prenda in considerazione è pur sempre quantificazione (indiretta) della prestazione, ed è per tanto sempre l'interesse positivo che si sta quantificando.

Ribadiamo perciò che il valore differenziale dell'art. 1518 è danno emergente da interesse positivo o più banalmente integrazione del valore della prestazione su standard oggettivi, ed iscriviamo pertanto la norma nella generale logica che «nel campo del danno da inadempimento […] la conseguenza in cui il danno si traduce consiste in effetti – con esclusivo riguardo al danno emergente legato all'interesse positivo – in quella perdita pari al valore della prestazione mai pervenuta o inesattamente attuata»[392] e viene in tal modo confermata la valenza generale del principio integrato nella norma[393]. Se è convincente ciò, possiamo aggiungere due corollari: 1) non è vero quanto affermato sopra sui danni consequenziali, che si era detto essere gli unici che "sopravvivevano" alla risoluzione, poiché anche questo valore differenziale sopravvive alla risoluzione senza essere un danno consequenziale[394]; 2) è assolutamente fuori luogo configurare questo danno da valore differenziale in termini di presunzione controvertibile di danno, com'è fuori luogo sindacare *l'an* di un danno non consequenziale[395].

---

[392] Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 120.

[393] Cfr. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 117.

[394] E in quest'ottica è altrettanto confutabile che l'unico interesse positivo risarcito accanto alla risoluzione è il lucro cessante.

[395] Non sembra d'accordo Trimarchi, *Causalità giuridica e danno*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, cit., 7 poiché «l'attribuzione al creditore anche di quelle utilità che, essendo fuori dalla normalità e per lui stesso del tutto imprevedibili, costituis[cono] un premio di lotteria, piuttosto che il giusto compenso per le sue attività di organizzazione imprenditoriale». Su quest'ultimo punto riferiamo che l'opinione è stata argomentata con l'esempio (Proposto da Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 178; simile ad altro esempio formulato da Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 116) che vede un acquirente comprare con esecuzione differita a sei mesi il bene X al prezzo di 100, alla scadenza del primo mese il venditore annuncia che non adempirà (per causa a lui imputabile la prestazione è divenuta impossibile) e ciò permette all'acquirente di tornare sul mercato e riacquistare da altri il bene X, sempre per il valore di 100. Poniamo poi che il valore del bene X alla scadenza dei sei mesi sia di 120. In tal caso – sostiene l'autore dell'esempio – non dovrebbe essere riconosciuto al compratore la possibilità di (ex. 1518) domandare 20 al primo venditore, ossia la variazione di mercato in suo favore poiché «ciò significa che impegnando una sola volta il corrispettivo contrattuale di 100, ottiene un doppio vantaggio» di 40 (Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 178 ss.), 20 dal risarcimento collegato al primo acquisto e 20 dall'utilità aggiuntiva di valore del secondo acquisto. Sul punto potrebbero farsi numerose considerazioni volte a giustificare l'attribuzione di questo doppio vantaggio, a cominciare dal vedere nella vicenda una doppia scommessa vinta sul valore al rialzo della prestazione fino a domandarsi il perché il primo venditore dovrebbe giovarsi o meglio appropriarsi del risultato utile derivante da un operazione di cui è estraneo (Questa seconda obbiezione è di Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 116), ma anche qua il risultato appare più a portata di mano prendendo parte di quanto abbiamo sostenuto, ed in particolare riferendoci, come nel testo, all'incompatibilità del giudizio *sull'an* rispetto ad un danno che non è consequenziale. Specifichiamo che questo giudizio sul valore differenziale non può considerarsi incidere esclusivamente sul *quantum*, semplicemente perché qui il *quantum* è certo, e se è vero quanto

Tirando le somme, la fattispecie concreta presa in considerazione dall'art. 1518 è perciò quella in cui vi è "in corso d'opera" una modificazione del valore dell'interesse del creditore strettamente connesso alla prestazione[396]. L'interesse può aumentare ma può anche diminuire, diminuire al punto da sparire, in tal caso avremo il c.d. inadempimento non dannoso[397]: si pensi a Tizio che acquista un quadro che ritiene essere di un grande artista, ma che poi nelle more della consegna scopre – senza ombra di dubbio – essere una imitazione senza valore[398], l'inadempimento del venditore non produrrà un danno, salvo chiaramente l'irrisorio valore della copia. Oppure si pensi all'esempio – già noto a Polacco – che vede Tizio conferire un mandato a Caio per iscrivere un'ipoteca di quarto grado su un bene che, si scoprirà poi, non riuscirà a soddisfare interamente neanche il primo. Se Caio non adempie non vi sarà comunque danno[399]. Specifichiamo per inciso che l'interesse inesistente all'origine, ossia non sopravvenuto, rende nullo il contratto[400] e questo spiega come il tema dell'inadempimento non dannoso è un tema stretto in spazi tanto angusti da apparire inidoneo a formare considerazioni di portata maggiore rispetto a quelle ora proposte[401].

La soluzione dettata dal 1518 risponde, dunque, ai principi generali che governano i criteri di determinazione del danno – e da ciò potrebbe ipotizzarsi anche un indice di rilevanza generale per l'annosa questione del momento di determinazione del danno contrattuale[402] – e se il legislatore ha sentito il bisogno di dettare in quella sede la norma è per via della consistenza casistica con cui può verificarsi il fenomeno della variazione del valore della prestazione abbinata alla caratteristica di rappresentare – tali mercati – quanto di più vicino possibile ai c.d. "mercati perfetti" in cui, per definizione, «la vittima dell'inadempimento [ha] la possibilità di concludere un contratto di identico

---

riferito sopra che l'unica prova richiesta sul *quantum* del danno che ha ad oggetto il valore della prestazione è per l'appunto la prova di tale valore, laddove questo risulti da un prezzo corrente, provatone (facilmente) il valore non se ne può mettere in dubbio la risarcibilità.

[396] Per un approccio differente alla questione, poggiato sugli strumenti dell'analisi economica del diritto rinviamo a R. Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 534 ss.

[397] V. sul punto Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 45 ss.; Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 216 ss.

[398] ed aggiungiamo che, per evitare che la questione venga confusa con – tanto noti quanto ingombranti precedenti – quella di Tizio sull'autenticità dell'opera fosse grossomodo una scommessa

[399] Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 584.

[400] Scriveva già Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 139, in uno dei pochi passaggi in cui il linguaggio del tempo appare oggi particolarmente indigesto, «dovendo l'oggetto di una obbligazione consistere sempre in una prestazione utile per il creditore, parrebbe che lo inadempimento, come quello il quale non è se non la privazione di questa utilità, non potesse a meno di riuscire dannoso al creditore».

[401] Ed anche questo ci porta a guardare con diffidenza alle argomentazioni portate da Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., spec. 123 ss.

[402] Per un recente quadro della questione si rinvia a Rizzo, *Il problema dei debiti di valore*, cit, *passim*.

contenuto rispetto quello rimasto inadempiuto, potendo conseguire il bene o il servizio oggetto del contratto attraverso la stipulazione di contratti alternativi»[403]. All'interno di mercati che non rispondono a tale caratteristica non si applica la norma ma il principio sotteso di cui la norma è la "punta emersa": il risarcimento del danno prende, in via diretta, considerazione della prestazione come "riserva d'utilità" e non come valore d'uso, il valore d'uso che poi altro non è che il valore che alla prestazione dà il creditore – e che abbiamo visto sopra quando, *ex* 1225, viene preso in considerazione – diviene rilevante solo arricchendo la descrizione fattuale di un elemento ulteriore rispetto alla semplice prova del titolo ed alla allegazione dell'inadempimento. Proprio su questo secondo valore, il valore d'uso, si manifestano le differenze più rilevanti con la disciplina del danno extracontrattuale, ma non è vero – si cercherà di dimostrare – che questa non prende in considerazione tale valore, semplicemente lo prende in considerazione, con altro peso, per altre vie.

[403] Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 174, nella già citata descrizione della tesi di Fuller e Perdue.

3. Il lucro cessante extracontrattuale.

3.1. I rapidi natali dell'art. 2056.

L'articolo 2056 ha natali rapidi e misteriosi, non v'è ne traccia nel testo sottoposto alla commissione delle assemblee legislative del 1940[404], e fa pertanto la sua comparsa direttamente nella versione definitiva del codice, passando prima per la pubblicazione del solo libro quarto sulla Gazzetta Ufficiale datata 5 febbraio '41, retrodatazione questa, secondo coloro che collocano tale pubblicazione attorno al luglio del '41[405]. Una radice dell'art. 2056, quella che qui più interessa, ossia quella che divenne poi il secondo comma del 2056 era prevista all'art. 19 del progetto[406] che, rubricato "contenuto della prestazione di risarcimento", univa nella stessa sorte la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (tralasciando dunque l'obbligazione in generale) in quanto in entrambe si risponde(va) del danno emergente («perdite di utilità di utilità già acquisite al patrimonio», per usare le parole del progetto) e del lucro cessante (definito lucro cessante, specificazione questa doverosa perché, poi, come è noto, nel testo definitivo del codice questo lucro cessante diverrà un "mancato guadagno") ed in entrambe – e questo è un aspetto che vale la pena di sottolineare – «il lucro cessante sarà, in ogni caso valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto» e quest'ultimo inciso – precisa il cons. Facchinetti che della norma fu relatore in quell'assemblea – è formulata al «fine di evitare certe esagerazioni verificatesi nella pratica»[407]. Altre parti della norma verranno ritoccate da quell'assemblea, le pothierane conseguenze "necessarie" tornarono ad essere, come nel codice del 1865 le, altrettanto pothierane conseguenze "immediate e dirette" e la prevedibilità, come visto nel capitolo precedente, tornerà ad essere applicata ai contratti

[404] Tale testo fu redatto da una commissione presieduta da A. Ferrara e comprendeva tra gli altri, per citare solo i componenti di provenienza accademica: E. Betti, F. Ferrara, D. Mandrioli, F. Maroi, G. Messina, R. Nicolò, G. Osti ed F. Vassalli. Mandrioli viene qui messo nella lista pur facendo parte di quell'assemblea non in qualità di accademico ma di giudice della Cassazione, nonché capo di gabinetto di Grandi.

[405] G.B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, 21.

[406] Art. 19. Contenuto della prestazione di risarcimento. La prestazione del risarcimento del danno, qualunque sia il titolo per cui è dovuta, deve reintegrare il danneggiato nella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato il fatto lesivo, tenendo conto così delle perdite di utilità già acquisite al patrimonio come del lucro cessante, in quanto siano conseguenze necessarie del fatto lesivo.
Il lucro cessante sarà, in ogni caso, valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto, dentro il limite segnato dal precedente comma.

[407] Atti della commissione delle assemblee legislative, *Libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: "della tutela dei diritti"*, cit., 30.

(*rectius*: le obbligazioni), ma nulla quell'assemblea ebbe a dire sul lucro cessante contrattuale, che da equamente apprezzato diverrà apprezzabile senza equità nella versione definitiva del codice, che vedrà l'equo apprezzamento lasciato solo, con il secondo comma del 2056, alla responsabilità extracontrattuale.

È interessante poi leggere le motivazioni con cui veniva giustificato questo trattamento differenziato tra danno emergente e lucro cessante senza distinzione del titolo da cui provenivano, motivazioni che si trovano nella Relazione al progetto del libro delle obbligazioni, ossia il documento, datato 27 luglio 1940, con cui Grandi presentava a Mussolini "la prima fase dei lavori", dove può leggersi (punto 36) che «il diverso contenuto del potere del giudice nell'accertamento dei due componenti di danno è giustificato dalla facilità di una prova certa e concreta del danno emergente e dal carattere presuntivo della prova del lucro cessante. La pratica (e come abbiamo visto il punto sarà ripreso nei lavori della commissione delle assemblee legislative) ha dato luogo non di rado ad esagerazioni, che il giudice fino ad oggi non ha potuto evitare; ogni pretesa di risarcimento di danni futuri si suole fondare sulla base del corso normale degli eventi, mentre, il solo dubbio che questa normalità non sia ogni volta costante, deve indurre il giudice, caso per caso, a temperamenti che proporzionino meglio l'ammontare della liquidazione giudiziale»[408]. Il lucro cessante era dunque risarcito equitativamente, poiché era (ed è), ontologicamente, un "danno incerto".

Un ultimo spunto da quella relazione sul tema del lucro cessante ci viene offerto nel paragrafo dedicato al danno non patrimoniale, dove viene giustificata la riserva di legge oggi, come è noto, contemplata dal 2059 sul presupposto che è necessario porre limiti «là dove la concreta prestazione deve liquidarsi su basi induttive»[409],e questo riscontro per induzione del danno non patrimoniale deve aver fatto tornare alla mente quanto poco prima era stato scritto sul lucro cessante, se è vero che la Relazione continua poi con il seguente parallelismo: «il danno non patrimoniale ha fonti meno sicure del lucro cessante»[410]. Cercheremo nel proseguo di valorizzare tale parallelismo, meno peregrino di quanto oggi si possa pensare.

---

[408] *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Vol. I, Roma, 1942, 23-24. Il virgolettato ripropone lo stesso testo riportato al punto 31 (sez. V) del *Codice civile, Libro delle obbligazioni, Relazione del Guardasigilli alla parte prima del progetto ministeriale*, Roma, 1940, 16.

[409] Ibidem, 26.

[410] Ibidem. Uno spunto analogo può trovarsi in Menger, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., 133-134 il quale, nel perorare la causa del danno non patrimoniale, per confutare la diffidenza verso questo riposta sulla base dell'impossibile valutazione economica, scrive: «si può con buon fondamento asserire, che il risarcimento di danni patrimoniali, contro il quale i compilatori del progetto [di quello che sarà poi il BGB] non hanno veruna apprensione, assai di sovente non ha un carattere palpabile quanto il compenso

Le tracce del concepimento del 2056 secondo comma si interrompono qui, la nota Relazione di Grandi al Re del 16 marzo del '42 che pure si occupa del 2056 non fa menzione del suo secondo comma[411], e la gestazione della norma può pertanto essere ascritta ai c.d. protocolli inediti del codice civile di cui parlò Vassalli[412], con la precisazione che mentre il primo comma del 2056 può comunque trovare riscontro, o meglio essere considerata la cristallizzazione dell'acceso dibattito, di cui si è già dato conto, dell'applicabilità o meno all'art. 1151 cod. abr. (fatto illecito) degli artt. 1228 e 1229 cod. abr. (rispettivamente prevedibilità e conseguenze immediate e dirette come criteri di delimitazione del danno contrattuale), il secondo comma nasce con il codice senza essere stato preceduto da alcun dibatto e dunque aumenta la curiosità volta a scoprire: come e chi partorì la norma, per poi arrivare al nodo della vicenda e scoprire: perché. Curiosità frustrata dal non essere emersi spunti sul tema neanche dalla grande opera d'archivio recentemente svolta sulle carte personali di Vassalli e di altri protagonisti della codificazione del '42[413].

3.2. Il lucro cessante come prototipo di danno incerto. Critica.

Nel primo capitolo era già stato sottolineato il rapporto proporzionale tra il successo della dottrina c.d. "riduzionista" e la scarsa attenzione generalmente riservata all'art. 2056 secondo comma, d'altronde, è già stato rilevato, distinguere la disciplina tra danno emergente e lucro cessante, ossia introdurre criteri valutativi differenti per le due voci di

per lesione dei beni personali. Giusta il § 218 del progetto, il risarcimento di danni comprende tanto la perdita patita della sostanza quanto il lucro cessante. Come lucro cessante si considera quello soltanto che si potrebbe verosimilmente aspettarsi dal corso ordinario delle cose o da circostanze speciali, e particolarmente poi da misure e disposizioni adottate. Posso lasciare a qualunque giurisperito versato alquanto in cause per risarcimento di danni, rispondere alla questione, se cioè con tali frasi generiche si abbia un qualche saldo punto d'appoggio onde definire il lucro cessante, oppure se esse non mirano esclusivamente a mascherare il puro arbitrio del giudice e dei periti». Segnaliamo anche che spesso, soprattutto nella dottrina più datata, la questione del lucro cessante si trova a ridosso del danno non patrimoniale, cfr, ad es. Ferrini, *Danni (azione di)*, cit., 37 che dopo aver parlato dell'irrisarcibilità del lucro cessante "incerto", scrive che «parimenti è affatto esclusa la considerazione del così detto interesse di affezione».

[411] *Codice civile, Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, 181, che si occupa del 2056 – primo comma – al punto 801.

[412] F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, III, 612, n.1.

[413] Un piccolo spunto può trarsi da una corrispondenza tra Osti e Mandrioli dove quest'ultimo, in data 12 ottobre 1941 scrive: «ho visto con piacere che sui fatti illeciti hai fatto osservazioni che in molti punti collimano con quelle che avevo già fatto io. Ti farò poi avere il nuovo testo quale risulterà tenuto conto delle varie osservazioni». Vi è poi una lettera del 24 ottobre dello stesso anno dove sembrerebbero recepite le linee di Osti salvo alcuni accorgimenti in tema di inadempimento sollecitati da Asquini. V. N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, 528 ss.

danno ha come presupposto ineludibile la distinzione ontologica tra le stesse, ed è dunque chiaro che non riconoscendo quest'ultima si è portati ad ignorare il secondo comma dell'art. 2056.

La principale strada seguita dalla dottrina per disarmare il portato del 2056 secondo comma consiste nell'intravedere in questo un duplicato, o meglio un'applicazione, del 1226 su un presupposto agglomerabile attorno una ventilata endiadi lucro cessante/giudizio ipotetico: «sufficient probationes conjecturales» scriveva già Baldo sulla dimostrazione del lucro cessante[414] ed il sotteso era – ed è – che il lucro cessante non può essere provato al pari del danno emergente poggiandosi su un giudizio che non può che essere ricostruttivo[415], tesi quest'ultima che possiamo qui dare per pacifica nella dottrina contemporanea[416] come dimostra una sommaria ricognizione di quanto in ordine sparso è stato scritto sul tema nella scia delle argomentazioni che abbiamo appena visto emergere dai lavori preparatori del codice civile, ad esempio che «la quantificazione del lucro cessante, implicando un giudizio di tipo probabilistico, pone peculiari problemi di ordine probatorio»[417] poiché l'ammontare del pregiudizio «è

[414] Riportato da A. Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, Scritti in memoria di Francesco Innamorati, Perugia, 1932, 163. Sorvoliamo volutamente sull'accostamento tra lucro cessante risarcibile e usura (cfr. Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 162; Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 23 ss. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 193 ss.), accostamento diffuso durante il periodo intermedio, accostamento che – salvo forse ritardare l'ascesa del danni consequenziali, così come, più in generale, ritardare l'ascesa del capitalismo – non ebbe grosse ripercussioni sull'istituto se è vero che dal punto di vista tecnico la questione si riduceva ad una disputa tra chi voleva un applicazione rigorosa dei già visti requisiti Castrensi e chi per risarcire un lucro cessante riteneva sufficiente una presunzione di lucro. «Ma quello che va rilevato è che pur anche la teoria più rigorosa non richiedeva mai la prova piena del lucro, ma accontentandosi di prove riguardanti l'occasione di ritrarre il lucro, ammetteva pur sempre una prova "coniecturalis"» scriveva Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 166, e se questo è vero può evidenziarsi come il dibattito sia rimasto immutato anche oggi, pur in assenza dell'avversione al profitto speculativo.

[415] Precisa Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 72: «dalla natura contro fattuale dell'argomentazione che sorregge l'accertamento del mancato guadagno: si assume una realtà che si sa per certo falsa, ossia che l'obbligazione sia stata adempiuta ed il bene dovuto sia pervenuto nelle mani del creditore e da tale antecedente si desume la conseguenza che si intende provare […] il meccanismo può anche essere descritto come una prognosi postuma imperniata sulla tecnica della sottrazione mentale o della condotta alternativa corretta». Il punto sarà ripreso a breve nel testo.

[416] Cfr. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 635 secondo la quale «il danno può sempre atteggiarsi come danno emergente e come lucro cessante e l'unica differenza tra i due elementi d[e]l danno sta nella maggiore difficoltà di prova inerente al lucro cessante, con il risultato che questa figura di danno si presterà più facilmente ad essere soggetta ad una valutazione equitativa». V. anche di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 182; Rescigno, *Valutazione equitativa: profili comuni*, cit., 84; Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59; Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 72; Grisi, *Sub. Art. 1223*, cit., 178 e Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 53, nota 86.

[417] Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 251; Id. *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2014, 525; Cfr. anche Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 654; v. anche di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 182 dove l'autore definisce il lucro cessante contrattuale, ossia al mancato guadagno come «il venir meno di utilità che il contraente *avrebbe* ottenuto o conseguito ove il contratto fosse stato regolarmente adempiuto. L'uso

accertato, per così dire, *de relato* in rapporto ad una situazione ipotetica […] futura»[418] e pertanto «secondo l'interpretazione prevalente, la norma ha lo scopo di consentire una valutazione probabile e approssimativa, in considerazione della difficoltà di una valutazione analitica e precisa di redditi attesi e perciò necessariamente ipotetici»[419]. Anche il BGB sembra aver recepito tale impostazione laddove per il lucro cessante, al contrario del danno emergente, ferma l'accertamento a ciò che «mit Wahrscheinlichkeit erwarted werder konnte» (§ 252)[420].

Il lucro cessante trova – dunque – la sua peculiarità nell'incertezza, incertezza già regolata dal 1226 che dunque verrebbe applicato alla responsabilità extracontrattuale in assenza del 2056 secondo comma poiché «la regola sarebbe stata egualmente espressa dalla giurisprudenza in sede di applicazione dell'art. 1226 cod. civ. richiamato anche dall'art. 2056 cod. civ., ove è prescritto il ricorso alla valutazione equitativa tutte le volte che non è possibile una determinazione precisa del danno, il che si verifica abitualmente nel caso del lucro cessante in quanto danno che si proietta nel futuro»[421] ed il 2056 secondo comma diviene – semplicemente – una ripetizione, ripetizione peraltro fuorviante laddove logico corollario di quanto fin qui descritto è la mancanza di una differente disciplina del lucro cessante poiché – è stato scritto – «nonostante il secondo comma dell'articolo in commento […] disponga espressamente sulla liquidazione del lucro cessante, è pacifico che il rinvio all'art. 1226 sia un rinvio generale, e che pertanto il giudice possa avvalersi del potere di liquidazione equitativo anche per il danno

---

del "condizionale" in questo […] caso è perfettamente adeguato allo scopo di segnalare la differenza tra le due forme di danno *risarcibile*» (corsivo in originale).

[418] Così Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 141. Va però segnalato che il mettere a stretto ridosso, come fossero sinonimi, il lucro cessante e il danno futuro non tiene conto della definizione – che appare corretta – di danno futuro quale danno futuro rispetto al giudizio e non – come invece avviene per lucro cessante – futuro rispetto al momento in cui si verifica il fatto da cui poi il lucro cessante promana. Cfr. sul punto De Cupis, *Il danno*, cit., 266 secondo il quale «il danno lucro cessante, che è sempre *futuro* riguardo al *momento in cui è cagionato* (avendo per oggetto un interesse ancora futuro), può essere *presente* o *futuro* in relazione al *momento del giudizio* su di esso» (corsivo in originale).

[419] Trimarchi, *Il contratto inadempimento e rimedi*, cit., 112.

[420] Cfr., H. Stoll, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, Annuario di diritto tedesco 2001, Milano, 2002, 209 ss.

[421] Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 633. Il concetto era già stato ventilato nello stesso studio alle pp. 227 e 245 e sulla stessa linea segnaliamo Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 159; cfr. anche De Cupis, *Dei fatti illeciti*, cit., 352 secondo il quale «poiché il lucro cessante è un danno che colpisce un bene futuro, le presunzioni trovano vasto e naturale campo d'applicazione, correlativamente alle particolari difficoltà che incontrano i normali mezzi di prova»; v. anche Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, 53, nota 86 secondo cui: «il lucro cessante, in quanto danno che si proietta nel futuro, pone maggiori difficoltà sul piano probatorio tanto da rendere necessario il ricorso alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.». Vi è da dire che a parere dell'ultimo autore il lucro cessante contrattuale può essere (Ibidem, 53) la differenza di valore tra il prezzo corrente di mercato e il prezzo contrattuale, dunque niente di difficilmente dimostrabile.

emergente»[422] ed a risultati analoghi, o perlomeno analogamente mortificanti del secondo comma del 2056 secondo comma, giunge quella dottrina che struttura l'argomentazione in senso uguale e contrario, considerando tale norma applicabile oltre i confini della responsabilità extracontrattuale[423].

Non accetta questa conclusione quella dottrina che scrive: «poiché il secondo comma dell'art. 2056 cod. civ. non può essere inteso come un'inutile ripetizione […] non vedo altra interpretazione possibile se non quella che autorizza il giudice a limitare la responsabilità per il lucro cessante, quando il peso di essa sia in enorme sproporzione con la condotta illecita»[424], torneremo su tale aspetto nel prossimo paragrafo, ma prima è bene segnalare, più in generale, che a non voler accogliere l'interpretazione abrogante del secondo comma dell'art. 2056, una delle vie volte alla sua valorizzazione[425] passa, come esprime l'ultima dottrina citata, per un allargamento del potere equitativo introdotto con la norma in questione rispetto al suo omologo *ex* 1226, poiché rispetto ad esso sarà «più largo, poiché utilizzabile sempre, e non solo ove non sia possibile provare il preciso ammontare del danno; più discrezionale, perché l'equo apprezzamento delle

---

[422] Così Franzoni, *Fatti illeciti*, cit., 876.

[423] Così De Cupis, *Il danno*, cit., 521, nota 7, secondo il quale il 2056 secondo comma è norma «stabilita a proposito della responsabilità extracontrattuale; ma non v'è alcun motivo per escludere l'estensione della sua applicazione alla responsabilità contrattuale».

[424] Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 107, ma non può tacersi che lo stesso Trimarchi (Ibidem, 176-177) rimette in connessione il secondo comma del 2056 con la "probabilità" di danno insita nel lucro cessante. Ciò non toglie che l'opinione espressa nel testo viene considerato uno spunto interessante anche da chi ritiene invece che il 2056 ben può considerarsi una ripetizione del 1226, ossia Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 227. Lo stesso Trimarchi sembra aver in tempi recenti abbandonato l'idea come può desumersi il mancato riferimento ad essa nella già citata parte del recente Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 112 dove l'analisi sembrerebbe fermarsi al rilevare l'assimilazione tra il 2056 secondo comma e il 1226, sembrerebbe perché poi lo stesso autore aggiunge un significativo «se poi un particolare trattamento dell'uno e dell'altro [danno emergente e lucro cessante] è previsto in una convenzione contrattuale, sarà l'interpretazione di questa ad orientare per un'appropriata delimitazione del concetto nel caso concreto», torneremo sul tema al prossimo paragrafo. In senso analoga a Trimarchi v. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 69-70.

[425] Una altra via è quella proposta F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1958, 631-632 secondo il quale con l'art. 2056 «a differenza di quanto dispone l'art. 1226, relativo alla valutazione equitativa per il risarcimento del danno contrattuale […] la legge, in tema di risarcimento del danno aquiliano, si affida all'equità del giudice, soltanto per l'entità del lucro cessante, mentre (arg. a contrario norma citata), per l'entità del danno emergente, esige una valutazione rigorosa, salvo che manchi la possibilità di farla nel preciso ammontare del danno e sulla base degli elementi ed accertamenti tecnici, richiesto dalle parti: su che, il giudice ha il dovere di motivare in modo esauriente», corsivi omessi. L'opinione dell'autore è dunque che il secondo comma del 2056 costituisce una deroga al 1226 ossia ne blocca parzialmente l'operatività in tema di danno emergente, come dire che il danno emergente laddove contrattuale potrà essere equitativo al contrario del suo omologo extracontrattuale. Se così è lo stesso risultato sarebbe stato raggiunto con il mancato rinvio al 1226 da parte del primo comma del 2056, ma a ben vedere ciò che ha impedito all'idea in questione di germogliare negli autori successivi è da riscontrare nel particolare ambito applicativo del 1226 che non riguarda, per l'autore, l'ipotesi di danno certo nell'*an* ma incerto nel *quantum*, ma riguarda un potere equitativo d'ordine generale paragonabile per gli effetti alla regola che vedremo essere stata poi contenuta nell'art. 47 del progetto ministeriale per il codice civile francese dell'anno VIII.

circostanze del caso è concetto più esteso della mera valutazione equitativa»[426] e dunque mentre il 1226 soccorre laddove il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, il 2056 secondo comma interviene anche laddove il danno può essere provato precisamente, ma per un qualche motivo, è bene liquidarlo in maniera equitativa[427].

Prima di passare in rassegna ipotesi ricostruttive di tali motivi, sottolineiamo che il grande apporto della dottrina da ultimo citata è quello di sgombrare il campo da un grande malinteso fondato sull'impossibilità ontologica di un lucro cessante certo[428], certo – chiaramente – nei limiti in cui deve essere certo un danno per giustificarne la risarcibilità. Già Melchiorre Gioia, d'altronde, nella prima metà dell'ottocento segnalava al lettore l'esistenza di due tipologie di lucro cessante: il lucro cessante probabile ed il lucro cessante certo, specificando poi che *«il valore del lucro probabile non è mai uguale al valore del lucro certo; egli non ne è che una frazione.* Questa frazione, come è noto» continua Gioia «ha per numeratore la somma de' casi favorevoli, per denominatore la somma de' casi favorevoli contrari. Questa regola suppone che tutti i casi siano ugualmente possibili; se non lo sono, si determina la probabilità rispettiva di ciascuno e si fa la somma»[429]. Se dovessimo inquadrare le parole di Gioia all'interno delle categorie concettuali contemporanee, diremo che il lucro cessante probabile non è altro che (o per lo meno nella tecnica della sua quantificazione[430] non si differenzia da)

---

[426] Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 71. Che prosegue poi precisando che queste circostanze del caso potranno essere, tra l'altro, le modalità stesse dell'illecito [?], il grado della colpa e la situazione personale delle parti.

[427] «Il secondo comma dell'art. 2056 non contiene, semplicemente una regola in tema di prova del danno, bensì una delimitazione dello stesso ambito del danno risarcibile a titolo di lucro cessante, sconosciuta alla responsabilità contrattuale, e si pone in rapporto di specialità rispetto a quella dettata dall'art. 1223 cod. civ.» così, sempre Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 72.

[428] Cfr. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*., cit., 68 nota 144.

[429] M. Gioja, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento e relative basi di stima avanti ai tribunali civili*, Lugano, 1833, 175, corsivo in originale. Citare qui Gioia deve anche considerarsi un doveroso omaggio a colui che può considerarsi il "primo contemporaneo" che si occupò di quantificazione dei danni e sul punto riportiamo per esteso la splendida celebrazione-critica che a Gioia dedicò Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 396-397 secondo il quale «il nostro Gioia, scandalizzato dal silenzio delle leggi e dei giuristi su questo argomento, si propose di rintracciare basi più solide per la dottrina della liquidazione del danno. La verità storica per altro ci costringe ad osservare, che Gioia, se riuscì a procacciarsi la fama di ingegno sottile e profondo, e schiuse forse la via che potrà un giorno percorrere altri con vedute più pratiche, non raggiunse la mèta agognata. Causa del suo insuccesso fu certo il metodo algebrico del quale era invaghito, ed esclusivamente si valse; senza avvedersi, che nelle discipline giuridiche non è concesso ragionare su dati certi e costanti, come richiede la matematica, ma è necessario prima scegliere e determinare l'oggetto continuamente variabile e non riducibile a misura finita; coordinare mezzi a mezzi, fini a fini, e procedere con criteri approssimativi. Non chiediamo dunque al libro di Gioia quello che non può darci: prenderemo soltanto da lui quei lumi, che sono necessari per porre la questione e ci faremo poi con la scorta della giurisprudenza a risolverla praticamente».

[430] Cfr. M. Franzoni, *La* chance, *il danno non patrimoniale e il caso Mondadori,* Contr. imp., 2009, 1190, dove l'autore descrive la quantificazione del risarcimento da perdita di chance come il «vantaggio

il c.d. danno da perdita di *chance* e il risultato è particolarmente interessante se posto a ridosso di quanto recentemente da alcuni affermato in tema di danno da perdita di *chance*, ossia che questo altro non sia che un lucro cessante "un po' meno certo"[431]. Rinviamo quest'ultimo punto e torniamo alla confutazione dell'endiadi lucro cessante/danno ipotetico, confutazione che può avvenire su due piani: 1) o cercando di dimostrare che un lucro cessante può essere certo; 2) o cercando di dimostrare che neanche il danno in generale, e perciò neanche il danno emergente, ha da essere certo e pertanto non sarà l'incertezza l'elemento che differenzierà i due danni. Percorriamo ora entrambe le vie contemporaneamente, premettendo che la formulazione del punto 2) andrà corretta.

Chiarifichiamo enucleando in cosa consiste l'incertezza del lucro cessante. A Tizio viene rotto un vaso che il giorno dopo avrebbe lucrosamente esposto ad una mostra, c'è un contratto tra Tizio e gli organizzatori della mostra a dimostrarlo. Qui, appare abbastanza evidente, non vi è margine per definire "ipotetico" il lucro, ma ad essere più analitici può mettersi in connessione il grado di certezza dell'evento "lucro" con il grado di rilevanza della c.d. causa alternativa ipotetica[432], ossia la certezza del lucro è inversamente proporzionale al grado d'incidenza di altre cause ostative del lucro stesso, o, in altre parole, se è pur vero che *forse* il vaso si sarebbe potuto rompere anche successivamente, ma comunque prima della mostra, e non per opera del danneggiante, ossia se è pur vero che non vi può essere certezza che il vaso non si sarebbe rotto ugualmente, tale incertezza, avendo una portata minima, non interviene a porre in dubbio la verificabilità del lucro[433]. Più aumenta la possibile incidenza di una causa

---

economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo» e pertanto il danno da perdita di *chance* non è altro che la "frazione", per dirla con Gioia del risultato utile finale cui la chance mirava.

[431] Cfr. M. Rossetti, *Il danno da perdita di* chance, Riv. circ. trasp., 2000, 662 ss.; contra: Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettative patrimoniale*, cit., 66 ss. e 71 ss. ma bisogna segnalare che lo stesso Mazzamuto, tornato in tempi più recenti sull'argomento sembra sposare l'opinione esposta nel testo, S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012, 163. Cfr. anche Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 322 che definisce la perdita di *chance* come (un irrisarcibile) "lucro cessante ipotetico". E v. infine De Cupis, *Il danno*, cit., 263-264 dove, in tema di lucro cessante, vengono descritte una serie di ipotesi di lucro cessante incerto – e in quanto tale irrisarcibile – tutte ipotesi che verranno poi da altri, in tempi più recenti, descritte come perdita di *chance*, come il cavallo che non riesce ad arrivare ad una corsa e non per questo ha diritto al premio che avrebbe potuto vincere, ma – secondo De Cupis – ha diritto al risarcimento della perdita della *possibilità* di vittoria con una soluzione assolutamente identica all'attuale indirizzo giurisprudenziale noto come "concezione ontologica della perdita di *chance*" della quale si parlerà a breve nel testo.

[432] Il punto è chiaro in Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 170 ss. e sembra anticipato già in Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 177 ss.

[433] Discorrendo di certezza del danno già Giorgi enucleò che (quella che poi si sarebbe affermata come) la causalità alternativa ipotetica fosse centrale nella descrizione del lucro cessante, ma irrilevante nella sua

alternativa ipotetica più diminuisce la possibilità del risarcimento, ma questo non sembra marcare una distinzione col danno emergente, poiché anche in quest'ultimo un minimo sospetto d'operatività della causalità alternativa ipotetica non incide sulla rilevazione del nesso di causalità, mentre all'aumentare della prima diminuiscono – anche qui – le possibilità di risarcimento. Si pensi all'annosa questione delle patologie a causalità plurima dove l'esposizione ad un solo fattore di rischio non comporta in sé la possibilità di collegare certamente la patologia al fattore di rischio[434]. L'incertezza del lucro cessante non ha perciò niente di differente dall'incertezza del danno emergente, d'altronde, non potrebbe esserci conclusione differente – salva l'ipotesi d'aporia[435] – a prende sul serio quella "certezza del danno" che secondo Chironi costitutiva una caratteristica essenziale della fattispecie di responsabilità[436] e che portava a considerare il lucro cessante «quella [differenza patrimoniale] che si sarebbe avuta per via dell'aumento che non si è verificato per causa diretta del fatto illecito, e che senza di questo *certamente* si sarebbe ottenuto»[437].

---

risarcibilità, poiché la certezza del danno dei lucri perduti per uccisione del familiare o per l'abbattimento dell'albero fruttuoso «è tutt'altro che matematica: giacchè rimane ignoto, se un evento fortuito avrebbe distrutto queste speranze fondate di lucri e di frutti, producendo anche senza il concorso del fatto illecito la fine immatura dell'uomo, o dell'albero […] ma tanto basta, perché vi sia materia di risarcimento», così Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 270.

[434] Cfr. Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 7; P. Vineis, *Modelli di rischio*, Torino, 1990, 19 ss.; F. Stella, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 1161 ss.

[435] Ventilata da F. Mastropaolo, *Danno, Risarcimento del danno*, Enc. giur., vol X, 1988, 12.

[436] Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, cit., 1906, 317 ss. e sempre per citare la dottrina formatasi sotto il codice abrogato cfr., Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 583 secondo il quale «il danno dev'essere certo, non eventuale, e ciò tanto in riguardo all'emergente, quanto in riguardo al lucro cessante», cfr. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 269 ss. Per la dottrina contemporanea v. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, cit., 229; Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 388 ss. il quale, però, sostiene (Ibidem, 397) che «in via equitativa possono essere computati quei futuri mancati guadagni che sono funzionalmente connessi – anche se non certi – all'attuale lesione di un bene del danneggiato»; De Cupis, *Dei fatti illeciti*, cit., 349 secondo il quale la tutela giuridica si estende alle utilità future «nel limite, s'intende, in cui la non attualità è conciliabile con la certezza» della stessa opinione è Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 134 e qualcosa di analogo può ritrovarsi nella sentenza del Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre, 2008 n. 5100, dove può trovarsi scritto che «il lucro cessante può essere accordato all'impresa solamente quando vi sia la certezza o la rilevante probabilità dell'aggiudicazione» di una gara d'appalto. Cfr. anche Grisi, *La liquidazione equitativa del danno*, cit., 2031, dove si sostiene che la risarcibilità di un danno incerto, al contrario di un danno la cui quantificazione è incerta, è ostacolata dalla «logica risarcitoria» e Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 234 ss. Segnaliamo infine che la manualistica Francese sull'illecito tende ad aprire sempre la materia del risarcimento con questa certezza del danno: v. J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, Les Obligations, Paris, 2000, 377 ss. e F. Terré- P. Simler- Y. Lequette, Droit civil, *Les obligations*, Paris, 1999, 630 ss.

[437] Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, Colpa extra contrattuale, cit., 334 ss., corsivo nostro, ed aggiungiamo qui un frammento che segue di poco quello riportato nel testo: «in rispetto alla valutazione del lucro, qualche dottore avvisò che l'aumento patrimoniale è incerto, onde la necessità di seguire nella misurazione un criterio di "probabilità e verosimiglianza": e dover quindi il giudice non tener conto veruno di speranze vaghe. La qual osservazione è per lo meno inutile, costituendo il lucro perduto un modo di essere del danno, e questo è risarcibile, soltanto quando sia effettivo, certo: cosicchè il giudice non dovrà nella liquidazione attenersi a criteri di "probabilità" e di "verosimiglianza", ma dovrà decidere se il lucro è mancato in conseguenza dell'ingiuria, se cioè, quando non fosse questa avvenuta, si sarebbe certamente avuto» (Ibidem, 335-335, note omesse). Cfr. anche De Cupis, *Il danno*, cit., 260

A questo punto è opportuno spiegare perché nella ricostruzione ora fornita vadano a confondersi l'elemento causale con il diverso elemento "danno"[438], confusione che non viene direttamente in rilievo in caso di danno emergente dove in presenza di un danno certo ben può sussistere una causalità incerta, ed anzi è forse logicamente – perlomeno per ciò che riguarda il danno patrimoniale o qualsiasi ipotesi di danno materiale – non ipotizzabile, salvo questioni meramente probatorie, un danno incerto[439]. Nel lucro cessante, invece, l'incertezza causale va a fare tutt'uno con l'incertezza del danno[440]. Il punto è semplice e poggia sulla già indagata definizione di lucro cessante come evento negativo[441], ossia non-evento e cosi come una condotta omissiva (altro evento negativo o non-evento) per esistere nel mondo fenomenico va ancorata all'evento che l'azione

---

secondo il quale «quella che *sarebbe stata* l'esistenza dell'oggetto del danno lucro cessante, deve valutarsi dal giudice in base all'umana certezza. Invero, solo gli interessi certi sono tutelati dal diritto, e nessuna reazione giuridica può essere ricollegata al danno che colpisce un interesse incerto: il diritto non può tener conto delle fantasie e delle illusioni di eventuali vantaggi. Tenuto conto delle circostanze, e delle attitudini del danneggiato, il giudice deve valutare se un determinato vantaggio si sarebbe, o meno, verificato a suo favore. Ben s'intende che la certezza, entro il campo dell'ipotetico, non può essere assoluta: bisogna, quindi, contentarsi di una certezza relativa, ovverosia di una fondata e ragionevole attendibilità» (corsivo in originale). Tralasciamo il fatto che certezza-relativa è un ossimoro e in quanto tale presenta margini d'ambiguità non subalterni a molte altre formule adoperate soprattutto dalla giurisprudenza per descrivere la "certezza" che deve rivestire il nesso di causalità come, ad esempio, la «certezza razionale» della sentenza c.d. Franzese (Cass. S.U., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, NGCC, 257; Corr. giur., 2003, 348; Danno e resp. 2003, 195), la «ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità» (Cass., 22 aprile 1993, n.4725, Foro it., rep. 1003, voce "lavoro (rapporto)", n. 750), la «ragionevole certezza» (Cass., 5 aprile 1984, n. 2222, Dir. prat. ass., 1985, 306) o, l'ancor più criticabile «certezza morale» con cui si espresse Cass., 28 aprile 1994, n. 4044, Resp civ. prev., 1994, 635. Per una critica di tale formule si rinvia a Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 61, da cui peraltro tali formule sono state riprese. Tralasciamo l'ambiguità di tali formule, ma sottolineiamo che l'utilizzo, nell'argomentare del lucro cessante, di formule note al tema causale è di certo un'ottima prova della veridicità di quanto a breve sosterremo nel testo, ossia che l'incertezza del lucro cessante non ha niente di differente dalla incertezza del nesso di causalità in generale e, pertanto, non sarà quest'incertezza a distinguerlo dal danno emergente e non sarà quest'incertezza a giustificare il secondo camma dell'art. 2056.

[438] Ritiene interconnessi a priori – indipendentemente dal configurarsi lucro cessante o danno emergente – il danno e la causalità Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 281 secondo cui con la locuzione "il danno deve essere certo" «si intende dire che il danno deve essere in rapporto di causalità con il suo fatto produttivo». Della stessa opinione è Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 66 secondo il quale «un danno è risarcibile, quando è in rapporto di causalità con il suo fatto produttivo: a questa condizione esso è certo».

[439] Non sembra della stessa opinione Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 578 che al «danno emergente incerto» dedica anche un'autonoma voce dell'indice analitico, grazie al quale, però, non riusciamo a trovarne una definizione, salvo constatare che viene sempre messo a ridosso del lucro cessante. Il rinvio compiuto dall'indice analitico alla p. 208 permette comunque, pur in assenza di esplicita formulazione, di ancorare il danno emergente incerto al danno emergente la cui *quantificazione* è incerta, se così è la definizione di danno emergente incerto non intacca il ragionamento compiuto nel testo dove l'incertezza deve considerarsi non l'incertezza della quantificazione, ma proprio l'incertezza dell'esistenza del danno. per la distinzione tra incertezza del danno ed incertezza della sua quantificazioni v. anche, ancora, le considerazioni svolte a suo tempo da G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, Colpa extra contrattuale, Torino, 1906, 317 ss.

[440] In questo senso mi sembra possa portarsi quanto sostiene, Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, Les Obligations, cit., 378, che illustrando il fatto che «Le dommage doit être certain» scrive: «mais le dommage *futur* peut être également certain […]s'il apparaît comme inévitable». La certezza viene dunque sostituita dall'evitabilità, categoria affine, se non sovrapponibile, alla causalità.

[441] V. sopra capitolo 1, paragrafo 4.

avrebbe evitato, ossia ad esempio, non è pensabile un omissione di controllo laddove non si sia verificato l'evento che tale controllo avrebbe dovuto evitare o, in alternativa, laddove non esista una specifica regola di condotta[442] (l'azione positiva, invece, esiste anche in assenza dell'ulteriore evento o senza la norma che imponeva un determinato comportamento), così il lucro cessante va ad unire la sua esistenza con l'elemento che lo pone in rilievo, ossia, qui, il nesso di causalità.

Chiusa questa parentesi può così sintetizzarsi quanto ora esposto: la natura controfattuale dell'argomentazione che sorregge l'accertamento del danno – che è stato sostenuto essere prerogativa esclusiva della rilevazione del mancato guadagno[443] – non è altro che la stessa natura controfattuale dell'argomentazione che sorregge l'accertamento del nesso di causalità; la c.d. *condicio sine qua non*, d'altronde, è l'applicazione del giudizio controfattuale che consiste nel sottrarre mentalmente un evento (la condotta) da un insieme d'eventi (l'ipotetico fatto illecito) per vedere se un altro evento (il danno) si sarebbe ugualmente verificato, e anche il giudizio controfattuale del lucro cessante è una manifestazione di tale procedimento seppur a segno invertito poiché si struttura nell'aggiungere mentalmente un evento (il vaso non è rotto) per vedere se un altro evento (dall'affitto del vaso avrei ricavato la somma X) si sarebbe verificato; in entrambi i casi: «il meccanismo può anche essere descritto come una prognosi postuma imperniata sulla tecnica della sottrazione mentale o della condotta alternativa corretta»[444] e può dunque revocarsi in dubbio che «la quantificazione del lucro cessante pone strutturalmente peculiari problemi di ordine probatorio»[445].

Poste queste premesse, i sostenitori dell'assimilazione tra lucro cessante e danno ipotetico dovrebbero spiegare perché l'incertezza sulla causalità alternativa ipotetica nel lucro cessante può portare, *ex* 2056 secondo comma, ad un equa determinazione del *quantum*, così assegnando «gradi di rilevanza relativa alle variabili causali che giocano un ruolo nella produzione dell'effetto»[446] mentre la stessa incertezza in caso di danno

[442] Così si spiega l'intreccio tra causalità e colpa in ambito di condotta omissiva colposa che fece scrivere alla Cassazione che «sia la giurisprudenza che la dottrina hanno avuto non poche difficoltà a separare l'assenza di colpa nel reato omissivo improprio, come elemento psicologico, dalla insussistenza del nesso di causalità» Cass. pen., 21 ottobre 2005, n. 38852, riportata da *Pucella La causalità «incerta»*, cit., 225 nota 137. Cfr. anche Cass. 20 settembre 2006, n. 20328, NGCC, 2007, 486.

[443] Espressamente sul punto Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 72.

[444] Così sempre Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 72, riferendosi però elusivamente al lucro cessante.

[445] Non ha invece dubbi Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59 nota 58 da cui è preso il frammento.

[446] Il frammento è ripreso, decontestualizzato da Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 36.

emergente si arresta sulla soglia dell'alternativa binaria risarcimento-non risarcimento, tutto o niente[447]. A voler richiamare anche qui l'inutilità del 2056 secondo comma dovrebbe sostenersi l'applicabilità diretta del 1226 ad ogni ipotesi di incidenza rilevante della causalità alternativa ipotetica, applicabilità che non sembra avere un gran seguito esplicito se non altro perché – e il punto dovrebbe essere chiaro date le premesse formulate – l'art. 1226 non ha ad oggetto un danno incerto, ma ad oggetto un danno la cui *quantificazione* è incerta[448]. Implicitamente, invece, l'opinione in discorso – che pure può considerarsi niente di particolarmente nuovo[449] – ha più di una manifestazione potendosi essa riscontrare come substrato logico sia della c.d. responsabilità *partagèe*[450], sia nel c.d. danno da perdita di *chance*, che, in particolare per la sua c.d.

[447] Sul principio del "tutto o niente" v. Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, Danno e resp., 2002, 409. Ritiene ingiustificata l'applicazione di tale principio in sede civile F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, Bologna, 2008, 89.

[448] Ed aggiungiamo qui che ha dunque ragione Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 58 laddove scrive che «le ipotesi nelle quali al giudice è attribuito il potere di valutare equitativamente il danno, se attentamente considerate, non si lasciano ricondurre a un principio unitario».

[449] Oltre a quanto sostenuto prima sulla perdita di *chance* teorizzata da Melchiorre Gioia, aggiungiamo ora le parole con cui nel 1911 Ferrini, *Danni (azione di)*, cit., 84 definisce la teoria «di alcuni moralisti [?], che nel caso di dubbio circa il danno recato, ammettevano un'obbligazione di coscienza di risarcirlo parzialmente *pro rata dubii*», lo stesso Ferrini, che non da indicazioni sulla fonte di tale teoria si affretta a scrivere che tale ricostruzione per quanto logica sembra abbandonata «dalla scuola odierna».

[450] Per responsabilità *partagèe* si intende, in particolar modo ma non solo, una tecnica di definizione della quantificazione del danno laddove questo trovi tra le sue concause, oltre l'atto illecito del soggetto danneggiante, anche un fenomeno naturale, o un fatto comunque non imputabile ad alcuno. La tecnica consiste nel prendere il danno e, alla valutazione economica di questo, sottrarre la percentuale che è possibile ricondurre alla concausa non imputabile. Con questa logica nel 1951 la Corte di cassazione francese (Cass., 19 giugno 1951, D., 1951, 717) risolse il noto caso del piroscafo Lamoricière, affondato per un concorso tra un difetto di manutenzione ed un'imprevedibile tempesta, riducendo di conseguenza di 4/5 l'entità del risarcimento in capo all'armatore per i danni che da tale naufragio derivarono. La soluzione ora descritta di "responsabilità parziaria" non trova molte adesioni in giurisprudenza dove, anzi, viene sovente riportata la massima – contraria – che vuole «esclusa ogni possibilità, per il giudice, di graduare percentualmente la responsabilità dell'autore della causa imputabile dotata di efficienza concausale (e di ridurre proporzionalmente l'entità dell'obbligazione risarcitoria) in considerazione del grado di efficienza concausale in considerazione del grado di efficienza delle concause naturali non imputabili» così, ad esempio, Cass., 4 novembre 2003, n. 16525, Guid. al dir., 2003, 50 ma v. anche Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, Danno e resp., 2002, 409 ss. Tale indirizzo granitico sembrò vacillare nel 2009 quando Cass.,16 gennaio 2009, n. 975, Corr. giur., 2009, 1653 ritenne che essendo il danno cui era stata chiamata a giudicare (morte da infarto in parte riconducibile ad un'emorragia colposamente provocata, tempo addietro, nel corso di un intervento chirurgico) un evento «prodotto per un concorso di causa fortuito e causa umana» la sentenza della Corte d'appello andava cassata con rinvio con la specificazione che «sarà compito del giudice di merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'una o l'altra [causa], eventualmente con criterio equitativo» e pertanto «anziché accollare l'intero peso del danno all'uno o all'altro soggetto, è possibile lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato pregresso». Non risulta che tale sentenza abbia avuto seguito.

In dottrina il "fronte" contrario a tale tipologia di quantificazione è saldo (cfr. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 239; Franzoni, *Fatti illeciti*, cit., 722; e già prima Forchielli, Il rapporto di causalità nell'illecito civile, cit., *passim*. Sembra comunque trovare sempre maggiori consensi l'idea opposta (cfr. oltre al precursore F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 137 ss.; anche Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 155 e 164 ss.;). La questione viene generalmente trattata come la predominanza sistematica del primo o del secondo comma dell'art. 2055, aventi ad oggetto rispettivamente l'obbligazione solidale che nasce in presenza di una pluralità di danneggianti e il diritto di

concezione ontologica[451] – ossia a voler vedere tale danno come «una voce autonoma di danno emergente, che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un

---

regresso del danneggiante che adempie all'obbligazione di risarcimento, diritto parametrato alla «gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate». cfr. M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e il caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano* Riv. dir. comm., 1954, spec. 55 ss.; A. Gnani, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, Danno e resp., 2001, spec. 1032. Da ultimo sul tema v. M.L. Ruffini Gandolfi, *Concausa non imputabile e determinazione del* quantum *di responsabilità: il percorso giurisprudenziale*, Danno e resp., 2014, 669 ss.
Tralasciando gli aspetti più squisitamente tecnici di questa responsabilità parziaria, il dato evidente che se ne trae è, come a breve verrà ribadito nel testo, l'insostenibilità, o forse solo il mancato riscontro, della tesi che vede nell'art. 2056 secondo comma un riflesso dell'art. 1226, se così fosse infatti, ricondotta l'incertezza del lucro cessante al concomitante dispiegarsi di una causalità alternativa ipotetica, non si vede il perché della creazione di una categoria di quantificazione – la responsabilità parziaria – che fatica ad affermarsi, laddove dovrebbe già essere insita nel sistema.

[451] Per concezione ontologica del danno da perdita di *chance* deve intendersi quell'orientamento – dottrinario ma soprattutto giurisprudenziale – che vede nella possibilità futura di conseguire un bene un'utilità già presente all'interno del patrimonio del soggetto danneggiato (cfr., *ex multis*, P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 283, Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 234 ss. ma prima v. le considerazioni di De Cupis, *Il danno*, cit., 263-264, che pur non parlando di *chance*, ne anticipa la concezione ontologica). A questa concezione si contrappone quella che legge la possibilità come un "affievolimento" del nesso causale tra la condotta e il danno che non sarà qui, al contrario della concezione ontologica, la stessa possibilità perduta, ma sarà l'evento finale cui la *chance* mirava (cfr. A.M. Princigalli, *Perdita di una* chance *e risarcimento danno risarcibile*, Riv cri dir priv., 1985, 315 ss.; N. Galgano, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di* chance *e risarcimento del danno*, Danno e resp., 2009, 159; M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a "due dimensioni di analisi"*, Corr. giur., 2008, 52). In altre parole la doppia ricostruzione strutturale della chance poggia sulla confusa alternativa sistematica della «probabilità intesa rispettivamente come strumento probatorio o come "interesse" leso» (Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 88). Segnaliamo incidentalmente che la concezione ontologica del danno da perdita di *chance* trova l'avversione di chi vede in questa situazione soggettiva di conio giurisprudenziale un danno carente del requisito di ingiustizia (C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Eur. dir. priv., 2008, 325; Id., *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., 33; della stessa opinione è Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 54, dove vengono ripresi ragionamenti svolti in Id., *Spunti in tema di danno ingiusto e danno meramente patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2008, 375) e segnaliamo anche che la concezione c.d. eziologica rischia di inglobare e modificare irreparabilmente la c.d. causalità ordinaria poiché ogni difficoltà probatoria di quest'elemento tramuterà la fattispecie in un danno da perdita di *chance* (cfr. Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 87 ss.; F. Chabas, *La perdita di* chance *nel diritto francese della responsabilità civile*, Resp. civ. prev., 1996, 139). Interessante è qui notare che con la concezione ontologica «l'autonomia della chance allenta ma non recide, il legame con la distinta voce di danno rappresentata dal mancato conseguimento del risultato finale» (così Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 89) poiché l'evento finale, estromesso dal giudizio di sussistenza del danno rientra inevitabilmente nella determinazione dell'ammontare del risarcimento (cfr. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 322), giacché la possibilità è pur sempre una caratteristica qualificante dell'ulteriore evento cui la possibilità si riferisce e se così non fosse, d'altronde, la *chance* dovrebbe essere risarcibile anche laddove l'evento finale si è, per altre vie, poi concretizzato e se così fosse, ossia se effettivamente la concezione ontologica della perdita di *chance* aprisse le vie a quello che può essere definito un "risarcimento senza danno" risultano avvalorate le conclusioni di quella parte della dottrina che vede nella figura in questione una preminente funzione sanzionatoria. Scrive sul punto Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 59 che «l'attuale indirizzo giurisprudenziale che ammette il risarcimento della perdita di un'aspettativa patrimoniale mediante la responsabilità aquiliana presenta […] un connotato sanzionatorio della condotta illecita che appare in realtà del tutto inammissibile, secondo l'insegnamento della stessa Suprema Corte, giacché il danno punitivo ha carattere sostanzialmente penale, viola l'ordine pubblico ed esige l'introduzione semmai di un'apposita norma incriminatrice». In senso analogo possono leggersi le riflessioni di Pucella, *La causalità «incerta»*, cit., 95, dove l'autore rileva come l'accertamento della perdita di *chance* è un accertamento che rischia di assestarsi sul giudizio di colpevolezza della condotta e trasforma, pertanto l'imputazione, in

risultato positivo»[452] – si palesa come l'estensione applicativa, per come fin qui interpretato, dell'art. 2056 secondo comma al danno emergente[453], poiché la possibilità elevata ad utilità già presente nel patrimonio del danneggiato, altro non è che un danno incerto risarcito[454] – per via di tale incertezza – in maniera equitativa.

Non interessa qui sciogliere i dubbi sulla consistenza delle citate categorie, ciò che preme rilevare è innanzitutto che tali categorie sarebbero state inutili d'innanzi all'interpretazione qui criticata del 2056 seconda comma e, dunque, già l'esistenza di tali categorie può essere una prova della scarsa adesione nel c.d. diritto vivente della dottrina oggetto di queste pagine e, inoltre, occorre segnalare che sia la responsabilità *partagèe*, sia il danno da perdita di *chance* sono fattispecie tutt'altro che pacifiche ed entrambe ricevono, o hanno ricevuto, le critiche di parte della dottrina, poiché, ad

---

un'imputazione per aumento del rischio. A riprova della correttezza dell'assunto che pone a stretto ridosso la perdita di *chance* con la funzione sanzionatoria/deterrente può portarsi anche l'opinione dei sostenitori della risarcibilità della figura in questione secondo i quali, testualmente «…si deve allora concludere per l'inevitabilità del risarcimento delle *chance* frustrate, dato che altrimenti la funzione deterrente della responsabilità civile risulterebbe seriamente compromessa», così M.F. lo Moro Biglia, *Il risarcimento della* chance *frustrata, un itinerario incrementale*, Napoli, 2006, 30 e della stessa opinione è M. Feola, *Il danno da perdita della* chance *di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, Danno e resp., 2005, 54.

[452] Così Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, che riprende uno spunto presente in Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, Giur. it., 1986, I, 1181 che definiva la *chance* «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione».

[453] Deviamo un poco dall'oggetto dell'analisi per indagare i rapporti tra questa responsabilità *partagèe* e il c.d. danno da perdita di *chance*, al fine di ridurre la distanza tra le due fattispecie e ricondurla esclusivamente sulla fenomenologia del danno, che nella responsabilità *partagèe* assume le sembianze di evento materiale mentre nella perdita di *chance* assume le sembianze di non-evento o perdita della possibilità della verificazione d'un evento che nella realtà fenomenica non si è potuto verificare. In altre parole nella responsabilità *partagèe* vi è un danno e due (o più) concause, proprio come nel danno da perdita di *chance* dove la possibilità di verificazione dell'evento dipende, oltre che dall'evento presupposto venuto meno per via dell'illecito, anche dall'ulteriore evento che sconta la percentuale di verificazione dell'evento finale. Per spiegarci prendiamo un esempio classico di perdita di *chance*: Tizio si sta recando a svolgere un concorso, viene investito per strada e non partecipandovi, perde la possibilità di vincere il concorso. Ricostruendo a contrario la dinamica possiamo dire che per vincere il concorso (Z) occorre la concomitanza di due presupposti, che possiamo definire anche premesse causali: (X) il partecipare al concorso e (Y) l'essere preparati abbastanza per vincerlo. L'incedente occorso a Tizio influisce perciò su una concausa dell'evento finale utile a Tizio. Stessa cosa avviene nella responsabilità *partagèe* dove, prendendo ad esempio il nota caso del piroscafo Lamoricière (v. sopra nota 450) l'affondamento del piroscafo (Z) risulta essere l'insieme delle circostanze: tempesta (X) e difetto di manutenzione (Y), ed anche qui l'illecito colpisce esclusivamente una delle due concause. Logico corollario è che laddove si riconosce rilevanza al danno da perdita di *chance*, non si può riconoscere altrettanta rilevanza alla responsabilità *partagèe*: sono la stessa cosa. Se quanto affermato è persuasivo, il fatto che la perdita di *chance* abbia, soprattutto nella giurisprudenza, un successo ben maggiore della responsabilità *partagèe* si palesa come un'incoerenza del sistema del c.d. diritto vivente, forse ascrivibile ai limiti intrinseci della c.d. dottrina della corti (cfr. F.D. Busnelli, *La dottrina delle corti e il risarcimento del danno alla persona*, Danno e resp. 2014, 461 s.), una dottrina che sembra non preoccuparsi di eventuali antinomie sistematiche, palesandosi per tanto come una "dottrina senza sistema".

[454] Ritiene che la categoria della *chance* abbia caratteristiche "sue proprie" solo se considerato un danno ipotetico «ossia una situazione ove non si sa e non si può oggettivamente sapere, se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato, giacché solo a questa condizione si può immaginare che sia stata preclusa una "mera possibilità" e che non si verta, invece, nel diverso problema dell'esperimento infruttuoso del sistema delle presunzioni» Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 950-951.

esempio, «ciò su cui ci si deve interrogare è se ed in che misura sia compatibile con la logica del rimedio risarcitorio che il danno effettivo sia integralmente surrogato da un danno solo ipotetico […], rispetto alla causalità ciò su cui ci si deve interrogare è, invece, se e in che misura nella logica della responsabilità lo schema normativo della causazione di un danno possa essere integralmente surrogato da quella della mera produzione di un rischio intollerabile»[455], critiche che per "rappresentazione" devono qui considerarsi riproposte all'assimilazione tra giudizio equitativo e danno incerto.
Tutto questo per dire che il portato sistematico dell'interpretazione ora fornita è ben maggiore di quanto possa a prima vista ritenersi e che dunque, le premesse identificative dell'equità *ex* 2056 con il giudizio di rilevazione ipotetico dovrebbero accompagnarsi contestualmente all'analisi degli effetti sistematici che tale operazione comporta, in assenza della quale l'ipotesi in questione è niente più che un'intuizione non sviluppata[456].

3.3. Il secondo comma dell'art. 2056 come *ius moderandi* (critica) e come bilanciamento del mancato rinvio dell'art. 2056 all'art. 1225.

Abbiamo già accennato a quella dottrina che mira a valorizzare la distanza tra il 1226 e il secondo comma del 2056 e che non vede «altra interpretazione possibile se non quella che autorizza il giudice a limitare la responsabilità per il lucro cessante, quando il peso di essa sia in enorme sproporzione con la gravità della condotta illecita»[457], così concretizzando un'eccezione al principio di integrale riparazione del danno[458]. A questo autore sembrerebbe rispondere direttamente la relazione al codice dove al punto 801

[455] Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 964. Sul perché il danno in questione debba considerarsi un danno ontologicamente incerto basta quanto sopra sostenuto nel testo, sul perché la figura in questione trasformi l'imputazione in un'imputazione per aumento del rischio v. sopra nota 451.
[456] O forse, meglio: un'acritica ripetizione di quanto fin dal diritto intermedio veniva detto sul lucro cessante, ripetizione incompatibile con il mutato contesto sistemico in cui si inquadra.
[457] Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 107 ma ricordiamo che lo stesso Trimarchi (Ibidem, 176-177), forse contraddicendosi, mette in connessione il secondo comma del 2056 con la probabilità apparentemente ontologica del lucro cessante. Per un opinione analoga a quella riportata nel testo v. anche Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 388 nota 3 secondo il quale «se rimane fermo il comune convincimento che assume l'inesistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di graduazione dell'obbligo di risarcimento in proporzione alla gravità della colpa, le circostanze del "caso" devono intendersi soltanto le circostanze della situazione dannosa. Non può escludersi, tuttavia, che attraverso tale formula si sia dato ingresso alla possibilità di distinguere tra dolo e colpa nei limiti in cui la distinzione è rilevante nel tema della responsabilità contrattuale». Contra, tra gli altri Barcellona, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, cit., 43 nota 57.
[458] L'appunto è di Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59 nota 58.

viene posto in correlazione il mancato rinvio del 2056 al 1225 con un ben poco interpretabile: «non si è accolto così il principio di commisurare il risarcimento al grado della colpa»[459], ma bisogna anche considerare che non è mancato, in dottrina, chi ha rilevato l'incongruità dell'accostamento tra prevedibilità e gradazione della colpa che la relazione compie[460].

Il punto centrale della dottrina esposta in apertura non è quello di fornire un inquadramento sistematico del lucro cessante, ma quello di perorare la causa d'un risarcimento proporzionale alla riprovevolezza della condotta, causa perorata a suo tempo da Carnelutti che non capiva «perché la specie o il grado della imputabilità non [potesse] influire sul *quantum* del risarcimento dal momento che tutti riconoscono come possa influire *sull'an*»[461]. Nello stesso solco può dunque collocarsi quella dottrina che come obiettivo si pose il ridimensionamento del c.d. dogma dell'equivalenza fra colpa e dolo nella responsabilità extracontrattuale, equivalenza che può trovare un indice contrario proprio nel secondo comma del 2056 laddove cita le "circostanze del caso" e – sempre secondo la dottrina in commento – «non v'è […] ragione di pensare che fra tali circostanze non debba avere un posto preminente proprio la considerazione dell'elemento soggettivo della condotta»[462].

Il 2056 secondo comma serve per tanto a dare rilevanza alla c.d. conseguenza abnorme, una conseguenza che, nonostante appaia collegata eziologicamente alla condotta e dunque astrattamente risarcibile – in deroga al c.d. principio di integrale riparazione del danno[463] – necessita di una riduzione equitativa poiché l'umanità, scriveva Domat, impone di moderare il rigore d'un esatta giustizia[464], e il sentimento di umanità viene

---

[459] Vedi per un interpretazione analoga a quella data dalla Relazione, seppur in chiave più che altro critica del mancato rinvio De Cupis, *Dei fatti illeciti*, cit., 350 ss.

[460] Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 593 ss.

[461] F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, Riv. dir. comm., 1915, 627

[462] Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 118 e della stessa opinione è Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 71. Bisogna rilevare che lo stesso Cendon prende poi (ult. op. cit., 121-122) le distanze da Trimarchi (la cui tesi viene riassunta dallo stesso Cendon, ult. op. cit., 122, nota 61), ma tale presa di distanza va posta in correlazione dall'aver, Cendon, già riscontrato nell'art 1223 una funzione analoga a quella che ora Trimarchi assegna al secondo comma del 2056 e, pertanto, Cendon, non può compiere ciò che compie Trimarchi, ossia distinguere l'art. 2056 secondo comma e l'art. 1226. Così almeno ci è parso di poter intendere, ma occorre specificare che anche per Trimarchi «un criterio di "causalità giuridica" costruito in modo opportuno» collabora «per eliminare le più gravi sproporzioni fra il peso della responsabilità e la gravità dell'illecito»» (Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 107). Segnaliamo infine che Cendon (ult. op. cit., 279), strutturando la sua tesi, da conto del § 1324 del codice civile austriaco del 1811 per il quale il lucro cessante è dovuto solo in caso di dolo o "negligenza grossolana".

[463] Parla di una deroga al principio di integrale riparazione, deroga per altro «di non chiara spiegazione sistematica», Salvi, *Risarcimento del danno* (voce), cit., 1090, nota 27.

[464] Domat, *Le leggi civili*, cit., l. III, t. V, sez. II, n. 11, ripreso anche da Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 140. V. anche le analoghe considerazioni di De Cupis, *Dei fatti*

graduato – aggiungiamo qui – in base all'elemento soggettivo, come d'altronde sembra potersi desumere dall'art. 47 del progetto dell'anno VIII[465] secondo il quale «le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur», articolo che scomparirà già nel progetto parziale presentato da Bigot-Préameneu secondo il quale «la modération est un des caractéres de l'équité; mais lorsqu'il est réellement dû des dommages et intérêtes au créancier, il ne fallait pas que, contre l'équité, ou pût induire de la loi que sa cause est déefavorable»[466]. Tralasciamo le ragioni più squisitamente culturali che portarono all'abbandono dell'art. 47 ora citato[467], senz'altro riconducibili ad una diffidenza nei confronti della discrezionalità del giudice[468] che sembrerebbe non avere più molte ragioni d'essere, e sottolineiamo la distanza che intercorre tra l'equità e la moderazione nella determinazione del danno e ciò al fine di sostituire, per il significante, all'equità del 2056 secondo comma la moderazione di cui parlava l'art. 47 per enfatizzare, come dalle considerazioni svolte al paragrafo precedente appare doveroso, la distanza tra l'art. 1226 e la norma in discorso. D'altronde, a voler essere pignoli, non vi è ragione letterale che induce a ritenere che l'equità debba rilevare solo a diminuzione della quantificazione, come invece l'art. 2056 secondo comma logicamente sembra indicare, dove invece la moderazione di certo presenta tale caratteristica ed a ciò aggiungiamo la condivisibile opinione, già riportata al paragrafo precedente, che «il potere equitativo di cui dispone il giudice in virtù di questa disposizione è […] più largo e più discrezionale di quello attribuitogli dall'art. 1226 cod. civ. Più largo, perché utilizzabile sempre, e non solo ove non sia possibile provare il preciso ammontare del danno; più discrezionale, perché l'equo apprezzamento delle circostanze del caso è concetto più esteso della mera valutazione equitativa»[469], specifichiamo però, per completare le caratteristiche di questo potere equitativo che tale potere se da un lato è, per le ragioni ora riportate, "più largo" in tema di ambito applicativo, è al contempo "più stretto" in tema di portata

illeciti, cit., 351 ss. secondo il quale «è inoppugnabile che l'equità tenda a stabilire una correlazione tra l'entità del danno risarcibile e la gravità della colpa», precisiamo comunque che le parole di De Cupis vengono formulate per giungere ad un auspicio *de iure condendo*.

[465] Cfr. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 601 ss.

[466] Così Bigot-Préameneu nel discorso pronunciato dinnanzi al Corps législatif il 7 pluvioso dell'anno XII (28 gennaio 1804). Ne danno conto Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 602 e Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 165-166, cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

[467] Abbandono che può considerarsi l'unico tradimento che il codice francese fece all'insegnamento di Pothier, cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., spec 162 ss.

[468] Uno spunto in tal senso viene fornito da Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 190 che saluta con favore l'abbandono di questo potere di moderazione poiché a questo «la pratica vecchia aveva attribuita latitudine ampissima, spingendosi a considerare la povertà del debitore, le condizioni di famiglia e via discorrendo».

[469] Così un già riportato Di Gravio, *Prevedibilità e inadempimento doloso*, cit., 71.

effettiva poiché l'opera discrezionale del giudice non potrà dispiegarsi "in aumento" rispetto all'entità del danno.

Se dovessimo adesso, anche grazie a quanto riferito al primo paragrafo di questo capitolo, tentare d'abbozzare una storia moderna di questo potere di moderazione in sede di liquidazione del danno risarcibile potremo articolare la cronologia in 4 passaggi: 1) il potere di moderazione nasce col sistema delineato dai padri del *Code* Molineo, Domat e Pothier ed era riferibile a qualsiasi danno: contrattuale, extracontrattuale, lucro cessante e danno emergente[470]; 2) il potere di moderazione sparisce con il mancato recepimento nel *Code* dell'art. 47 del progetto governativo; 3) il potere di moderazione, per quel che riguarda il nostro ordinamento, si riaffaccia nei lavori preparatori del codice del '42 ma solo in riferimento al lucro cessante e senza distinzione tra lucro cessante contrattuale e lucro cessante extracontrattuale[471]; 4) come testimonia l'art. 2056 secondo comma, il potere di moderazione è oggi rilevante esclusivamente per il lucro cessante extracontrattuale.

A questo punto occorre però interrogarsi sul perché il lucro cessante extracontrattuale introduce un giudizio di moderazione, laddove al danno emergente – ed anche un danno emergente può essere abnorme – il codice non assegna uguale sorte, e bisogna anche interrogarsi sul perché un lucro cessante extracontrattuale, al contrario di quello contrattuale, vada moderato. L'autore con cui abbiamo aperto fornisce una risposta diretta solo al primo quesito e come argomento porta l'«ovvia legge psicologica [secondo la quale] è più grave sacrificio il perdere ciò che si ha che non il conseguire ciò che ci si attendeva (e storicamente la responsabilità per il danno emergente fu ammessa prima di quella per il lucro cessante: segno che l'esigenza ne era più fortemente sentita). Di conseguenza, se la colpa è assai lieve così che l'esigenza punitiva e preventiva giustifica solo che il peso del lucro cessante venga trasferito sul responsabile fino a un certo limite, il peso dell'eccedenza risulta più tollerabile per il

[470] Cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., passim.

[471] V. sopra paragrafo 1. Segnaliamo inoltre che ad un primo stadio dei lavori preparatori, per intenderci quelli precedente all'intervento delle assemblee legislative questo potere di moderazione veniva applicato indistintamente sia al danno emergente sia al lucro cessante e sembra fungere da contro bilanciamento della risarcibilità estesa ai danni prossimi e remoti, risarcibilità che veniva considerata insita nel passaggio dalle "conseguenze immediate e dirette" risarcibili alle "conseguenze necessarie" risarcibili poiché in questo modo, si trova scritto nella *Relazione del Guardasigilli alla parte prima del progetto ministeriale*, cit., 16 «il requisito della causalità […] può abbracciare i danni prossimi e remoti, nei limiti in cui le considerazioni di equità cui il giudice è tenuto possa farli ritenere risarcibili». Poi come è noto, e come è già stato descritto, alle "conseguenze necessarie" furono preferite le "conseguenze immediate e dirette" che forse ritenute meno estese, fecero cadere una altrimenti necessaria moderazione.

danneggiato che per il danneggiante […]: restando a carico del danneggiato esso trova perciò la sua collocazione più razionale»[472].

Per un accenno di confutazione possiamo portare l'"ovvia legge psicologica" che collega strettamente, laddove il danno è patrimoniale, la "gravità del sacrificio" all'entità del danno e, pertanto, se dalla rottura della mia macchina deriva l'impossibilità di compiere un lucroso affare quantificabile in una misura esponenzialmente maggiore del danno emergente da cui deriva, il dolermi – principalmente – ricadrà sul lucro perduto. Scriveva già Venezian – in confutazione di una dottrina analoga a quella appena espressa[473] – che gli autori di tale teoria «hanno dimenticato che può essere più ingiusto negare il risarcimento per un lucro su cui si conta e che viene a mancare, che non per un danno impreveduto nel momento del torto; e che anche non è meno sensibile la perdita del lucro che si conta di conseguire che non sia il danno, la perdita di un vantaggio conseguito»[474]. Cercando di seguire vie più proficue rispetto a scontri tra "ovvie leggi psicologiche" possiamo anche ipotizzare, scorrettamente forzando il passo riportato, che dietro all'opinione ora riferita sul lucro cessante si celi una diffidenza verso la consistenza reale dei non-eventi, ossia eventi che non sono accaduti e dei quali proprio il non-accadimento è l'oggetto del dolersi. Se così è, rinviamo a quanto sopra abbiamo scritto sulla consistenza empirica dei non eventi e assimiliamo l'opinione a chi – e l'ipotesi è per così dire scolastica – sostiene che un danno cagionato per omissione è meno grave di un danno cagionato con una condotta attiva ed a questo potremo aggiungere che «la spettanza attuale dell'aspettativa di un risultato futuro»[475] è, in quanto tale: *attuale*, e perciò ben poco spazio rimane per una distinzione tra ciò che si ha e ciò che si dovrebbe avere poiché in entrambi i casi, un qualcosa lo si ha, e con l'illecito questo qualcosa è stato letteralmente tolto.

Gli argomenti ora proposti, comunque, sarebbero superflui se alla teoria si confutasse la premessa, ossia che, in effetti, questo disinteresse dell'ordinamento per il "peso" della riprovevolezza della condotta debba in qualche modo essere corretto per via interpretativa delle norme che assegnano una qualche discrezionalità al giudice[476]. Se

[472] Così, Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 107.

[473] Sorta sui §§ 1324, 1325, 1331, 1332 del codice austriaco secondo il quale solo in caso di dolo e colpa grave si ha diritto al lucro cessante, salvo che la lesione non abbia avuto ad oggetto l'integrità fisica, in tal caso non agisce alcuna correlazione tra condotta e quantificazione.

[474] Venezian, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, cit., 305.

[475] Il virgolettato è preso – decontestualizzato – da Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 971

[476] A favore di quello che poi verrà chiamato dogma dell'equivalenza ci limitiamo ad indicare le antiche, ma attuali, considerazioni di Venezian, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, cit., 302 ss. di cui

non si è percorsa tale via, che qui viene solo accennata, è perché la questione, così facendo, verrebbe inevitabilmente a spostarsi sulla funzione delle responsabilità civile, poiché sono intravedendo in questa una funzione punitiva/deterrente, sarebbe logico auspicare una maggiore rilevanza del giudizio sulla condotta e il tema è, come noto, impegnativo al punto che riproporlo sinteticamente in queste pagine non permetterebbe di enuclearne i nodi e, di contro, riproporlo per esteso devierebbe la trattazione verso lidi troppo distanti[477]. Basta qui, dunque, rilevare che la diffusa diffidenza verso questa funzione punitiva/deterrente è già un buon indice dello scarso seguito ricevuto dalla dottrina in discorso[478].

Aggiungiamo poi che anche l'autore preso in considerazione in apertura può ipotizzarsi, allo stato attuale, non molto persuaso dall'argomentazione fornita, o almeno così ci sembra di poter desumere dal fatto che a quasi mezzo secolo da quelle parole, in più recente studio che ad onor del vero ha ad oggetto il contratto, il ragionamento sembra assestarsi all'enunciazione della tesi prevalente, ossia quella qui fornita al paragrafo precedente, e sulla sovrapponibilità per questa tesi dell'art. 1226 all'art. 2056 secondo comma, cui però aggiunge una sibillina appendice in tema di danno contrattuale: in questo caso sarà l'interpretazione del contratto «ad orientare per un'appropriata delimitazione del concetto nel caso concreto»[479]. Il punto può anche considerarsi una banalità, ciò che di certo non è banale è la collocazione strategica dell'argomento, posto a stretto ridosso dell'art. 2056 secondo comma.

Avevamo sottolineato che il distanziare il 2056 secondo comma dal 1226 faceva sorgere due questioni, a dire il vero poco indagate, incentrate sulla *ratio* 1) della differente disciplina tra lucro cessante e danno emergente e 2) della differente disciplina tra lucro cessante contrattuale ed il suo omologo extracontrattuale, con la sibillina appendice ora segnalata l'autore sembra rispondere alla seconda. Lo spunto è rinvenibile anche in un

---

riportiamo l'efficace sintesi dall'autore proposta (Ibidem, 303): «il caso d'uno che ammazza un altro per accidente è […] molto pietoso; ma è più pietoso il caso di chi viene ammazzato».

[477] Si rinvia per tanto in maniera sommaria a Salvi, *Risarimento del danno (voce)*, cit., 1091 ss; Barcellona, *Funzione e struttura della responsabilità civile*, cit., spec.214; Id. *Trattato della responsabilità civile*, cit.,871 ss.; F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, Eur. dir. priv., 2009, 910 ss.; Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, cit., 30 ss.; Alpa, *La responsabilità civile*, cit., 134, V. Zeno Zencovich, *Illecito civile (voce)*, Trattato di diritto privato, a cura di G.Iudica e P. Zatti, Glossario, Milano, 1994, 202 ss.; Navarretta, *Diritti inviolabili*, cit., 312 ss.

[478] Sul punto è d'obbligo menzionare i risultati raggiunti dagli studi che, dalla seconda metà del secolo scorso, hanno posto al centro del sistema della responsabilità extracontrattuale il danno, ridimensionando il ruolo della condotta e pertanto direttamente o indirettamente, ridimensionando il valore dell'elemento soggettivo. Cfr. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, passim; R. Scognamiglio, *Illecito* (voce), Noviss. dig. it., VII, Torino, 1962, 171; Id. *Responsabilità civile e danno*, cit., 221 (in un capitolo già pubblicato col titolo, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1969); M. Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 27 ss.

[479] V. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 112.

altro autore, che formula un ragionamento analogo specificando però che il potere di moderazione *ex* 2056 ha la funzione di creare una sorta di bilanciamento del mancato operare, in ambito extracontrattuale, della regola limitativa *ex* 1225 poiché «l'obbligazione risarcitoria nascente da inadempimento conterrà l'intero lucro cessante che è derivato al creditore in quanto prevedibile all'epoca del sorgere dell'obbligazione e, quindi, espressamente assunto a proprio carico dal debitore; non vi sarebbe, in quel caso, alcuna ragione per attribuire al giudice un potere limitativo ulteriore rispetto a quello della prevedibilità»[480]. Potremo in altre parole sostenere che tramite la saldatura che *ex* 1225 avviene tra l'interesse delle parti alla prestazione e la delimitazione del danno risarcibile, ossia tramite la perfetta sovrapponibilità della funzione economica dello scambio alla funzione giuridica del risarcimento[481], fuori luogo appare un potere di moderazione del danno in capo al giudice che ad altro non porterebbe che alla falsificazione di tale sovrapponibilità[482]. Il punto, che qui si ritiene di poter condividere, verrà ripreso e, abbinato a quanto diremo al prossimo paragrafo, formerà la base concettuale dell'indagine sull'ontologia del lucro cessante, indagine che a questo punto appare imprescindibile poiché se è pur vero che il riferimento alla funzione che il 1225 svolge in ambito contrattuale può essere un buon punto di partenza per argomentare una distanza tra il lucro cessante contrattuale ed il lucro cessante extracontrattuale, ben poco tale funzione ci dice sul perché, nella responsabilità extracontrattuale, il lucro cessante possa non essere risarcito "per intero", ed anche poco illumina sul diverso ma contiguo problema del perché il danno emergente non possano avere la stessa sorte che l'art. 2056 riserva al lucro cessante[483].

[480] Così Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 72.
[481] V. capitolo 2, paragrafo 1.
[482] Ma vedi anche le parole di Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 164 secondo il quale il giudizio equitativo di moderazione ex art. 47 del progetto governativo: «vale anche a riservare al criterio della prevedibilità l'originario ed esclusivo carattere di regola oggettiva dei rapporti tra lo scambio (la sua in attuazione ed il conseguente risarcimento) e la sua concreta funzione economica»
[483] Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 71 sul punto rinvia al già citato Trimarchi, seppur depurato della funzione adeguatrice del danno alla condotta, laddove scrive che il potere di temperamento ex 2056 secondo comma «viene giustificata con ragioni genericamente equitative, in base alle quali è più grave perdere ciò che si ha di quanto non lo sia il non conseguire ciò che ci si attendeva».

3.4. La 'statiticità' della tutela aquiliana e il risarcimento del lucro cessante come danno capitalistico da contestualizzare.

Prima di tentare la via dell'indagine propriamente ontologica del lucro cessante extracontrattuale occorre dar conto d'un'ultima lettura reperibile in dottrina sulla *ratio* del secondo comma dell'art. 2056, ultima lettura che riesce, a suo modo, a dare risposta ad entrambi gli interrogativi che nascono da tale norma, ossia – ripetiamo – perché il danno emergente ha una disciplina differenziata rispetto al lucro cessante e perché il lucro cessante contrattuale ha una disciplina differenziata dal suo omologo extracontrattuale. Partendo da quest'ultima «una ragione può essere data considerando che la responsabilità civile tutela il patrimonio nella sua attualità statica […] La considerazione circa ciò che con la cosa danneggiata il proprietario possa fare atterrebbe al momento dinamico, che per definizione sta fuori da una concezione della responsabilità aquiliana […] l'unificazione di massima della disciplina del risarcimento del danno ha posto il problema dell'identità di disciplina quanto al lucro cessante»[484] problema risolto con la risarcibilità sì, ma solo equitativa del lucro cessante aquiliano poiché – invita a considerare la dottrina ora riportata – «anche la tutela statica del patrimonio non può prescinde oramai dalla sempre maggiore attitudine dei beni a essere resi funzionali oltre il puro godimento da parte del proprietario, e perciò capaci di incrementare il patrimonio stesso; onde l'incremento che più non si verifica in conseguenza del fatto di responsabilità, il lucro cessante appunto, non poteva non entrare nel fuoco della risarcibilità anche della responsabilità extracontrattuale»[485]. La responsabilità aquiliana nasce perciò come tutela statica[486] e si dinamizza al

[484] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595, e della stessa opinione sono Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 76 e Grisi, *Sub. Art. 1223*, cit., spec. 169 nota 59 e 177 ss. Occorre segnalare che quest'ipostazione si potrebbe far reagire con l'antica risarcibilità del lucro cessante prevista dalle fonte romane, poiché, è stato scritto che tramite un primo superamento dell'*aestimatio rei* (valutazione del danno su parametri mercantili, banalmente: prezzo), superamento intervenuto tra il primo e secondo secolo dopo cristo, si «mirava ad una valutazione complessiva della posizione del *dominus* in riferimento al bene danneggiato. Si concepiva dunque il bene non più staticamente, nel suo isolamento, come era nella visuale legislativa, tipica di un'epoca ancora risalente che risentiva di concezioni arcaiche, ma nell'ambito di una considerazione patrimoniale più allargata che ravvisava nel bene anche una funzione strumentale e lo considerava dinamicamente oggetto di una serie di rapporti ulteriori. A seguito di ciò si insinuano nella valutazione del danno aquiliano […] due entità nuove già ben presenti proprio nella duplice esemplificazione fatta dalle fonti; queste entità sono quelle che i giuristi medioevali, identificheranno con i termini di danno emergente e lucro cessante». così G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005, 46-47

[485] Ibidem, 596, e segnaliamo che il frammento viene ripetuto anche in Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 94.

[486] Cfr. sul punto già Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 21, che definisce il danno emergente come un qualcosa che «si riflette su un momento quasi statico della consistenza

dinamizzarsi dell'economia in un processo che sembra richiamare la già vista[487] differente funzione della merce, che dal sistema feudale al sistema capitalistico, passa da essere il fine dello scambio ad essere il mezzo per l'ulteriore scambio che produrrà poi lucro. In questa logica il patrimonio non è più, per così dire, fine a se stesso ma serve ad auto-incrementarsi e qualcosa di analogo è rinvenibile in quella dottrina che distingue una, oramai superata, "economia di mercato c.d. statica" in cui il patrimonio individuale altro non era che una somma di proprietà ed una moderna "economia di mercato c.d. dinamica" contraddistinta dal fatto che il patrimonio non è più l'insieme delle proprietà «comprendendo anche utilità economiche svariate»[488] e, per quanto, qui, più specificatamente interessa: «solo con l'economia capitalistica […] il 'valore' del bene comprende tutto il profitto che da esso, nei rapporti di produzione dati, potrà in futuro trarsi»[489]. Emerge palesemente, dunque, come, per quest'ultima dottrina, al contrario di quanto sostenuto dalla dottrina con cui si è aperto il paragrafo, il lucro cessante viene equiparato in tutto al danno emergente[490], estromettendo perciò dall'argomentazione il secondo comma dell'art. 2056[491].

Nella prima dottrina la questione era invece descritta come una contrapposizione tra istanze antitetiche che da un lato vogliono la responsabilità extracontrattuale come "una fotografia" del patrimonio da andare a ricomporre[492], e dall'altro non possono ignorare

---

patrimoniale del danneggiato» contrapposto al lucro cessante che riguarda «la consistenza patrimoniale dal punto di vista dinamico».

[487] Capitolo 2, paragrafo 1.3.

[488] Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103. Cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 220-221.

[489] Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 99, nota 7.

[490] Poiché, più in generale, il fenomeno di rilevanza del lucro cessante ha determinato una trasformazione del concetto di danno passato dal poggiarsi su premesse naturalistiche-materiali, allo strutturarsi su una logica giuridico-economica. V. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103.

[491] Utile secondo l'autore – qui nel solco della dottrina tradizionale – solo a bilanciare l'ontologica incertezza del lucro cessante, Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59. Lo stesso Salvi ha recentemente ribadito il concetto (Id. *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2014, 525 dove si trova scritto che «l'apprezzamento equitativo (art. 2056, comma 2) è previsto per la peculiarità della figura, che implica (in modo più significativo che per l'inadempimento) un giudizio per lo più di tipo probabilistico, e sempre comunque sul presupposto che un mancato guadagno vi sia stato».

[492] Questa staticità della tutela aquiliana è stata descritta sempre da Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 84 nei seguenti termini: il danno conseguente all'inadempimento è «puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato» mentre il danno extracontrattuale «è il significato economico di ciò che è accaduto e non avrebbe dovuto essere». Sempre Castronovo (Id. *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 490) scrive che «la differenza di filosofia della misura giuridica che si coglie tra le forme restitutorie e quella risarcitoria non è che il corollario della staticità di un diritto di proprietà prevalentemente esemplato sin dal diritto romano sul modello fondiario e la dinamicità che caratterizza il rapporto obbligatorio, sia esso già esistente – sicché la responsabilità si caratterizza come evoluzione del rapporto originario – oppure venga ad esistenza *ex novo*, ancor di più caratterizzandosi come mutamento rispetto alla situazione giuridica preesistente». Cfr. anche A. Montanari, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, Il danno contrattuale, a cura di M. Costanza, Bologna, 2014, 164.

che il bene può non essere fine a se stesso, ossia può sfuggire da quella "fotografia" poiché l'utilità futura incarnata dal lucro cessante[493] non è presente nel patrimonio al momento del danneggiamento[494]. Possiamo ora sottolineare che dalla comparazione tra le due dottrine emergono due variabili che bilanciate fra loro permettono di arrivare ad analoghi risultati: il patrimonio e il valore del bene. Per giustificare il risarcimento del lucro cessante aquiliano può tenersi fermo il concetto classico di patrimonio[495] ma elasticizzare il concetto di valore al fine di ricomprendervi l'utilità ulteriore del bene, oppure, di converso, tenere fermo il concetto di valore ma elasticizzare il concetto di patrimonio che diviene dinamico al punto da ricomprendere le utilità future dei beni che lo compongono[496]. Quanto detto permette di enucleare che le istanze antitetiche segnalate dalla prima dottrina non sono inscindibilmente connesse a questa e possono essere riformulate acquisendo l'assioma della seconda dottrina: la moderna concezione di patrimonio nel risarcimento aquiliano comprende le utilità future, eppure queste, a dar senso al secondo comma dell'art. 2056, vengono risarcite in maniera equitativa. Impostato così l'argomento il secondo comma del 2056 può essere letto come un mero retaggio storico, quasi un omaggio ad una concezione superata di patrimonio o di valore che non permette di andare fino a fondo nel riconoscimento d'un mutato contesto economico, è d'altronde la stessa dottrina – lo si è già visto – a segnalare la «sempre

[493] La questione va ad intersecarsi con la ventilata funzione satisfattiva del risarcimento del lucro cessante contrattuale e – più in generale – con la funzione "di pagamento" del risarcimento sostitutivo della prestazione. Infatti, premesso comunque che non sempre un lucro cessante aquiliano assume le sembianze di un credito negato, laddove si riconosca al credito la morfologia di merce, il credito/merce è già presente nel patrimonio del danneggiato indipendentemente dall'attuazione del rapporto contrattuale e, pertanto, anche una tutela statica sarebbe idonea a fornire un rimedio a tale situazione poiché la «spettanza attuale dell'aspettativa di un risultato futuro» (Il virgolettato, già citato al paragrafo precedente, è preso – decontestualizato – da Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 971) è come detto: attuale, e pertanto idonea a comporre il patrimonio. Dire che il valore d'un bene comprende tutto il lucro che da esso può trarsi, o dire che il patrimonio si proietta nel futuro e comprende pertanto tutte le utilità future che dal patrimonio stesso possono trarsi, vuol dire – come a breve verrà ripetuto nel testo – esplicitare la stessa tesi da punti di vista differenti.

[494] V. Castronovo, Vaga *culpa in contraendo*, cit., 32 nota 77.

[495] Concetto classico di patrimonio che poi andrebbe specificato, ma basta qui riferire che ben poco illumina sul tema la definizione di patrimonio che diede F.Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, v.I, 867, ossia un insieme di diritti pecuniariamente valutabili.

[496] Lo stretto rapporto tra danno patrimoniale e concetto di patrimonio è già enucleato in H.A. Fischer, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1903, 7 ss. che comincia il suo studio col separare il concetto giuridico di patrimonio dal suo omologo economico, del primo facevano parte i diritti dei secondi i beni, concorda con tale visione Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit. 130, nota 1, pur correggendola nei dettagli. Graziani problematizza poi l'ulteriore sviluppo nell'analisi di Fischer, ossia che in tema del risarcimento del danno la concezione utile di patrimonio è quella economica e non quella giuridica e sul punto ritiene che converga anche Trifone, *Contributo a uno studio della liquidazione dei danni*, cit., passim laddove «si vale […] anch'egli, agli effetti della valutazione del danno, di concetti di natura economica, non di natura giuridica» (Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit. 133).

maggiore attitudine dei beni a essere resi funzionali oltre il puro godimento» come a voler suggerire il fatto che questa "maggiore attitudine", prima o poi, potrebbe arrivare a compimento è in tal caso non ci sarebbe più bisogno d'un potere equitativo nella determinazione del lucro cessante. Questa può sembrare la vera distanza tra le due dottrine ora proposte: la prima considera il mutato ordine di cose come un processo in divenire, non ancora completo, la seconda, invece, prende atto di una trasformazione avvenuta, e dando per buona tale premessa, come sostiene altra dottrina, «non è da escludere che […] il principio [della risarcibilità del lucro cessante] abbia attualmente esaurito la sua funzione storica, e che la norma, al pari di altri istituti del codice, esibisca oggi solo il precipitato di una vicenda normativa già da tempo conclusa»[497]. A ben vedere, però, non è detto che dietro la concezione statica del patrimonio vi sia elusivamente l'ancoraggio ad un determinato sistema economico, superato o no che sia, e per occuparsi di ciò è bene collegare quanto emerso nel capitolo precedente sul lucro cessante contrattuale per farlo reagire con quanto ora descritto.

Si era detto che il lucro cessante contrattuale acquisì rilevanza con l'ascesa del capitalismo[498] ed ora è emerso che qualcosa di analogo dovrebbe registrarsi in ambito aquiliano. Il punto si complica però a voler considerare il passaggio mediano che in ambito contrattuale ha aperto le vie all'incidenza del sistema economico sul sistema giuridico, ossia la dimostrata sovrapposizione della funzione economica dello scambio alla funzione giuridica del risarcimento, in ambito extracontrattuale tale passaggio non è logicamente pensabile e già questo dovrebbe indurre alla cautela nell'esportazione dei risultati raggiunti in ambito contrattuale, ma ciò che più di altro sconsiglia tale operazione risiede nell'effetto pratico che tale passaggio produce nella determinazione del limite al risarcimento del lucro cessante contrattuale, che non può estendersi a quanto "non prevedibile" per il debitore al momento del sorgere dell'obbligazione. In ambito extracontrattuale questo limite alla risarcibilità del lucro cessante diviene chiaramente più sfumato dal non ancorarsi ad alcunché di predeterminato ed appropriato appare perciò il timore espresso nella relazione alla "prima fase" dei lavori per il codice poggiato sulla constatazione che nella risarcibilità del lucro cessante «la pratica ha dato luogo non di rado ad esagerazioni, che il giudice fino ad oggi non ha potuto evitare»[499],

[497] Così, Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 136.
[498] Capitolo 2, paragrafo 1.3.
[499] *Codice civile, Libro delle obbligazioni, Relazione del Guardasigilli alla parte prima del progetto ministeriale,* cit., 16. Il frammento, come già riportato nel primo paragrafo del presente capitolo, riconduceva le esagerazione all'incertezza del lucro cessante e riteneva che il rischio di tali esagerazioni fosse comune alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Su quest'ultimo punto è bene però

per evitare queste esagerazioni – aggiungiamo qui – depotenziate in ambito contrattuale grazie all'art.1225, si è proceduto all'inserimento del secondo comma dell'art. 2056. Se pertanto si vuole insistere con una descrizione – di certo fondata – del lucro cessante risarcibile come vicenda propria del capitalismo, non possono non valorizzarsi le peculiarità del sistema di responsabilità in cui tale danno va ad inquadrarsi, ed in tal senso appare orientato il riferimento alla staticità della tutela aquiliana[500] compiuto dalla dottrina riportata in apertura[501]. La staticità in sé, però, non giustifica alcuna riduzione equitativa del lucro cessante[502] a meno di non voler considerare la responsabilità aquiliana "statica, ma non troppo" laddove quel "non troppo" diviene un lucro cessante "risarcibile, ma non troppo". Il punto critico della ricostruzione, indipendentemente da quanto quest'ultima sintesi può considerarsi corretta, è il difficile passaggio dalla generalizzazione "i beni sono…" allo specifico concreto caso singolo in cui il bene non si presenta con "un'attitudine alla produzione" ma si presenta inserito, o non inserito, in un determinato contesto volto all'incremento del patrimonio (e si può anticipare fin d'ora che esistono beni, ontologicamente produttivi, la cui dimensione dinamico-fruttifera viene attualizzata nel valore di scambio del bene stesso) e, dunque, nel caso concreto, un bene non può "un po'" produrre un lucro, ma può produrlo o non produrlo e ci sembra che la giustificazione di una riduzione equitativa nel caso in cui tale lucro si sarebbe prodotto operata tramite la generalizzazione appena citata, può essere letta – e qui usciamo dal seminato della dottrina proposta – come un alleggerimento della condizione del danneggiante a stretto ridosso dell'incidenza statistica, conoscibile *ex*

---

segnalare che, come si è visto, l'attuale art. 1225, fu inserito dall'assemblea legislativa che ebbe successivamente ad occuparsi della materia e pertanto, come a breve sarà ripetuto nel testo, in ambito contrattuale tali esagerazioni trovarono un ottimo argine nel 1225.

[500] Sul tema della "staticità" della tutela aquiliana può essere interessante rilevare come nel nucleo originario della *lex Aquilia* (M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, 26 ss.), ossia quello che poi diventerà il primo dei suoi tre capitoli, il risarcimento veniva accordato solo in caso di lesione di beni produttivi di valore economico: schiavi e quadrupedi, da ciò emerge una responsabilità aquiliana che nasce come tutela di fattori produttivi, eppure la quantificazione non era proiettata verso l'incremento patrimoniale che tali fattori avrebbero determinato – un calcolo forse troppo astratto per i parametri dell'epoca – ma era determinato sul valore di mercato di tali beni, o meglio il maggior valore che la cosa avesse ricevuto nel corso dell'anno. Cfr. Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., 42-43.

[501] Va oltre a ciò, pur partendo da una considerazione in parte analoga, chi ritiene che il lucro cessante «non acquisisce effettiva capacità operativa per i fini della responsabilità extracontrattuale» poiché il mancato guadagno «deve operare per indicare di volta in volta la mancata attuazione di valori monetari inseriti in operazioni di scambio», Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 491.

[502] Così sembra di poter desumere anche da Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit. 77 il quale pur aderendo alle premesse formulate da Castronovo giustifica il secondo comma dell'art. 2056 non come quest'ultimo poiché «la maggiore cautela del legislatore [insita nel risarcire in maniera equitativa il lucro cessante aquiliano] deriva a sua volta dal dato empirico della minore frequenza con cui il lucro cessante si produce nell'ambito della responsabilità extracontrattuale e, ove viceversa occorra, nella sua minore ampiezza rispetto all'identica posta in sede contrattuale».

ante dal danneggiante, del singolo bene all'inserirsi in un ciclo produttivo[503], in poche parole: la prevedibilità che quel singolo bene possa con se portare un lucro. Il punto nevralgico dell'argomentazione sembra perciò lasciarsi ricondurre al, già proposto, rapporto tra prevedibilità e lucro cessante, la cui complessità è proporzionale alla disparità di vedute sulle premesse[504], ma se così è debbono qui porsi in rilievo alcune affinità che emergono tra la concettualizzazione appena proposta e quella precedentemente descritta che vede nel lucro cessante un prototipo di danno incerto, poiché anche qui può riproporsi il nucleo nel ragionamento critico prima formulato, seppur adeguato alla diversa prospettiva, qui la prevedibilità, lì la causalità: ossia perché la rilevanza della prevedibilità statistica agisce in riduzione del *quantum* del lucro cessante e non in riduzione del *quantum* del danno emergente, sempre e comunque stretto nel vincolo del tutto o niente?

A questo punto particolarmente incoraggiato appare il mutamento prospettico ventilato in precedenza a favore della dimensione prettamente valoriale del lucro cessante[505].

3.5.1. Valore d'uso e valore di scambio nell'ottica del risarcimento.

Nella materia del danno non si può «prescindere dal concetto puramente economico di valore»[506] e interrogarsi sul valore in rapporto al lucro cessante altro non significa che interrogarsi sulla categoria per mettere in luce peculiarità di un elemento che dalla categoria sembra essere contenuto: «entra qui il nostro ragionamento in un campo, nel quale si trovano le questioni più eleganti e più nobili intorno alla liquidazione dei danni»[507] ed a ciò aggiungiamo che «uno dei grandi segreti della responsabilità civile

[503] Quest'ancoraggio alla statistica d'incidenza del lucro cessante nella disciplina extracontrattuale sembra riecheggiare in Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit. 77, già citato alla nota precedente.

[504] V. Capitolo 1, paragrafo 4.

[505] V. sopra capitolo 1, paragrafo 4.

[506] Così Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 131-132, nel riportare un'idea di Fischer, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, cit., passim, ma in tale affermazione qualcosa avrà influito la familiarità con i temi economici, familiarità incarnata nel padre – Augusto Graziani – insigne economista che in giovane età diede alle stampe *Storia critica della Teoria del valore in Italia*, Milano, 1889.

[507] Così Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., 173, introduce l'analisi del prezzo d'affezione, luogo e tempo di riferimento per la determinazione del risarcimento, prevedibilità della quantità di danno, potere di moderazione del quantum, interessi e lucro cessante: tutti temi grossomodo sintetizzabili, ma che non si esauriscono in, "valutazione oggettiva o soggettiva del danno" e proprio l'elaborata analisi di Giorgi che si estende da p. 168 a p. 215, del vol. II del suo studio e riprende poi, con esclusivo riferimento alla responsabilità extracontrattuale, a p.386 fino a p. 415 del vol. V è forse la massima critica (implicita) che

risiede ovviamente nel modo in cui viene calcolato il risarcimento imposto al danneggiante»[508].

Per valore o "concetto puramente economico di valore" possono intendersi, anzitutto, due criteri differenti di stima, che vedremo essere tra loro connessi: il valore che il singolo individuo da a un bene ed il valore che il mercato da ad un bene[509]. La non coincidenza dei due valori può essere determinata da vari fattori soggettivi ed oggettivi: l'orologio che Tizio ha ricevuto dal nonno ha per Tizio un valore non coincidente col valore di mercato dell'orologio, e qui è intervenuto un fattore soggettivo; il valore di un bene che compone un'universalità ha un valore non coincidente col valore di mercato del bene venduto singolarmente, e qui è intervenuto un fattore oggettivo[510]. Possiamo perciò enucleare tre tipi di valore: oggettivo (di mercato), individuale-soggettivo e individuale-oggettivo[511]. I glossatori del diritto intermedio si occuparono molto di questi tre valori[512], qualcosa di quel dibattito è poi arrivato al '900 sottoforma di *querelle* sul c.d. prezzo d'affezione (valore individuale-soggettivo) ma già da tempo la questione era divenuta di quasi esclusiva competenza dell'economia che riuscì addirittura ad imporre il suo vocabolario: valore d'uso e valore di scambio[513], può trovarsi già scritto nella dottrina a cavallo tra '800 e '900[514], per descrivere ciò che prima si sarebbe definito, lo vedremo, interesse *commune* ed interesse *singulare*[515]. E formuliamo un ultimo appunto

---

può farsi ad una soluzione della questione assestate sulla eccessiva semplificazione dell'alternativa: il danno è da valutare soggettivamente/il danno è da valutare oggettivamente.

[508] Così Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 313.

[509] «si è rilevato esser duplice il criterio onde può misurarsi il danno risarcibile: *obbiettivo* e *subiettivo*. Invero, il danno può essere misurato in base al valore oggettivo del bene, oppure in base al valore del bene nello specifico riguardo del soggetto danneggiato, vale a dire in base all'interesse», così De Cupis, *Il danno*, cit., 292-293.

[510] Sulla scia di Trifone Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit., 132-133 scrive: «le utilità che si possono trarre dalle cose sono di due categorie secondo che si riferiscono all'uso di esse come strumenti di produzione (*servigi produttivi*) o ad altri godimenti di consumo (*servigi diretti*)».

[511] La stessa tripartizione può trovarsi in B. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, Padova, 1910, 1, § 45, 197 che distingue il prezzo della cosa (il nostro valore oggettivo) dal prezzo d'affezione (il nostro valore individuale-soggettivo) e l'interesse, definito poi *utilitas, causa rei, commodum, id quod interest* (il nostro valore individuale-oggettivo).

[512] A riprova basta scorrere i circa trenta nomi proposti nella bibliografia di Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 17-18.

[513] Inutile indicare la sterminata bibliografia sulla teoria del valore, tra gli altri segnaliamo solo lo studio storico-critico di M. Sechi, *Teorie del valore, la teoria del costo di produzione e la teoria della domanda e dell'offerta*, Milano, 1993 e C. Napoleoni, *Valore*, Milano, 1976 e

[514] Cfr. Ferrini, *Danni (azione di)*, cit., 37 che introduce il tema con un condivisibile: «un grave problema è quello: se la *repetitio temporis* si riferisca soltanto al valore di cambio della cosa od anco all'utilità relativa di essa»; Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, cit, § 28, 135 che sul punto scrive «il carattere economico fa ascrivere ai beni tutti un valore, il quale di regola non si calcola col criterio dell'uso che ne fa la persona cui spettano, o con quello della sua affezione; ma col criterio generale del valore di scambio rappresentato dal prezzo».

[515] Cfr. Tedeschi, *Il danno e il momento della sua determinazione*, cit., 258, e il cerchio si chiude con quanto riporta l'economista Ghino Valenti in un saggio 1890 (che si cita dalla ristampa*: La teoria del valore*, Bologna, 1996, 30): «In Germania si è ritenuto che in luogo della distinzione in valor d'uso e

introduttivo per rilevare come la distinzione tra lesione dell'interesse singolo e lesione dell'interesse comune è un'altra di quelle categorie giuridiche abbandonate anzitempo[516], prima che i problemi che volevano enucleare furono superati, problemi che dunque si ripalesano nitidi – e qui stiamo parafrasando quanto già scritto in tema di danno contrattuale sulla distinzione tra danni *circa rem* ed *extra rem*[517] – a chiunque si interroghi sulla materia, come dimostra, per l'appunto, la resurrezione della categoria sotto forma di valore d'uso e valore di scambio[518]. Anticipiamo che questa intersezione tra teoria del valore e concettualizzazione del danno aquiliano non sembra – oggi – interessare un granché gli studiosi del risarcimento, e per quanto potrebbe essere proficua un'analisi strutturata della teoria del valore da far reagire sulle caratteristiche proprie della responsabilità civile, la settorializzazione della materia presuppone uno sforzo sufficiente a scoraggiare ogni impegno in tal senso. Ciò non toglie che anche gli studiosi del diritto si sono occupati – se pur i più indirettamente e forse inconsapevolmente[519] – della teoria del valore che introdurremo non nella sua forma pura, ma per così dire mediata dalle riflessioni degli studiosi della responsabilità. D'altronde – e sul punto si registra un diffuso disinteresse – la paternità di alcuni nodi della teoria del valore è attribuibile ai glossatori e commentatori che si occuparono del risarcimento del danno, i cui spunti furono poi recepiti da quelli che solo successivamente sarebbero stati chiamati economisti[520].

---

valor di cambio debba porsi l'altra di valor *soggettivo* e *oggettivo*» (corsivo in originale), dove valore soggettivo è ciò che sopra nel testo è stato definito valore individuale.

[516] «E quando dopo i secoli d'ignoranza tornarono in luce le leggi romane, i commentatori non seppero fare altro, che perdersi in sterili discussioni sui danni *intrinseci (circa rem)*, e sugli *estrinseci (quae veniant extrinsecus)* sul danno *singolare* e sul danno *comune*, senza ritrovare alcuna regola sensata e ragionevole alla pratica applicazione», così Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 395-396. Nella dottrina contemporanea accennano alla distinzione Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 144, nota 13 e Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., spec. 37, entrambi per sottolineare l'opinione espressa da J.Cujacius, *De sentiisquae pro eo quod interest proferuntur*, Recitationes solemnes ad tit. XLVII, in Lib. VII Codicis, in Opera omnia, t. IX, Mutinae, 1779, c. 1006-1010 secondo il quale l'*interesse singulare* si compone, oltre che del danno d'affezione, anche della particolare utilità che il creditore trova nella prestazione, ricordiamo infatti che sia Smorto sia Barcellona si occupano di danno contrattuale, ma ciò non impedisce di esportare la categoria nel danno extracontrattuale.

[517] Capitolo 2, paragrafo 1.

[518] Tra i vari contributi che si occupano di tali valori, tutti abbastanza avari di definizioni, si distingue Ferri jr, *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., spec. 812 il quale però adotta una definizione di valore d'uso distante dall'interesse individuale, su cui avremo modo di tornare.

[519] Tra questi non vi è di certo Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 14 il quale citando Barone, *Principi di economia politica*, dimostra di coglie la contingenza tra risarcimento e teoria del valore.

[520] Sul punto oltre richiamare Bartolo – che nel descrivere *id quod interest*, parlando di «desiderio satifacere» (riportato da Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 17), sembra proprio adoperare il concetto di utilità in uso tra gli economisti contemporanei, in particolare la nota ofelimità di Barone – appare indicativo quanto scritto da Trifone stesso (Ibidem, 39): «la questione [ossia la distinzione tra valore d'uso e valore di scambio] se così può chiamarsi, si affacciò anche alla mente dei

Cominciamo perciò col chiederci cosa risarciamo quando risarciamo, e scorporiamo da subito la questione del valore individuale-soggettivo, che, come noto e per motivi che specificheremo, "ha preso la sua strada" sotto forma da danno morale prima, danno non patrimoniale poi. Introduciamo l'argomento ipotizzando che il prezzo del bene leso, o il decremento patrimoniale del bene danneggiato, completi l'indagine ricostruttiva della quantificazione del danno, se non altro, perché, può argomentarsi, con in mano il valore di mercato del bene leso il danneggiato può tornare sul mercato ed acquistare un bene identico a quello perso[521]. Parte della dottrina ritiene scontata la sovrapposizione tra danno e valore di mercato del bene leso[522], scontata al punto da indurre il sospetto che tale sovrapposizione sia, in un certo senso, neutra o apparentemente oggettiva[523] – come dimostra anche l'assimilazione tra valore di mercato è il «vero prezzo della cosa» in una dottrina risalente[524] – ma dietro a tale ricostruzione, apparentemente intuitiva, vi è una precisa scelta di sistema[525] che vede nel mercato, o più precisamente nella dinamica con cui il mercato assegna i valori alle cose, l'unico giudice competente per la quantificazione di un danno[526], e già occupandoci del risarcimento del danno contrattuale avevamo messo in evidenza come le moderne c.d. *model rules* «sono chiaramente ispirate all'accoglimento del mercato come criterio principale, e talvolta

giureconsulti del periodo intermedio e, sebbene non illustrata dai principî economici dell'età moderna, pure ottenne, attraverso ragionamenti molto degni di rilievo, non diversa soluzione».

[521] «Il risarcimento […] consiste nel procurare al leso il mezzo di procacciarsi la stessa o analoga utilità a lui sottratta» così D. Mandrioli, *Risarcimento in forma specifica*, Riv. dir. comm., 1922, 361. Quest'impostazione – è bene rilevare fin d'ora – non prende in considerazione le c.d. anomalie del mercato, la cui incidenza non è l'eccezione ma la regola Cfr. Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., spec. 761. Sensibile al tema appare anche Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit.,secondo il quale «l'adozione del criterio di mercato risulta più affidabile in presenza di un mercato sviluppato, mentre lo è meno in assenza di un mercato vero e proprio». Appare quasi superfluo segnalare che il c.d. prezzo d'affezione materializza in sé un ipotesi di mercato non idoneo a soddisfare il reperimento d'un bene analogo a quello perso, o meglio il valore affettivo nei confronti di un oggetto rende quest'ultimo un bene scarso al punto da essere unico.

[522] Tra gli altri: Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 316 ss., secondo il cui «il risarcimento *tende* […] a coincidere con il valore dei beni danneggiati», laddove quel "tende" non va sopravvalutato introducendo soltanto, nel discorso dell'autore, i danni punitivi e il risarcimento del danno non patrimoniale. V. anche M.R. Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, 173 che definisce la tutela per equivalente «valore differenziale di mercato». Cfr. anche Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, analisi economico-giuridica*, cit., 264 ss.

[523] Cfr. Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 477 che scrive dell'«apparenza oggettiva della funzione di natura risarcitoria» mettendola a stretto ridosso di «una teoria sistemica che fa della funzione del denaro la ragione comunicativa di processi di mercato».

[524] Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, cit., § 45, 197.

[525] Cfr. Calabresi, *Il costo degli incidenti e la responsabilità civile*, cit., 281.

[526] Prospetta una "divisione di competenze" «in base alla quale il sistema giuridico determina l'attribuzione dei beni, o, meglio, del loro valore d'uso ai soggetti; ed il mercato determina l'attribuzione del prezzo, cioè il valore di scambio, ai beni», Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 788-789. Parla di una riparazione del danno affidata ad una «quantificazione fondata su criteri astratti, autoritativamente imposti, a suggello di un trasferimento di risorse valutato e reso legittimo *ex post*», Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 169.

tendenzialmente esclusivo, di determinazione del danno»[527] e tale indirizzo sembra inoltre avvalorare la, ed al tempo stesso essere avvalorato dalla, predominanza dei parametri mercantili che assumono le sembianze di giustificazione funzionale della *ratio* compensativa[528] che «nelle codificazioni moderne, postula e impone, al tempo stesso, la generalizzazione del mercato»[529]: «lo schema della merce come valore astratto di scambio, e il modello normativo del risarcimento per equivalente, divengono contestualmente la forma generale delle relazioni economiche, e la forma generale della tutela civile»[530] che si manifesta come (mera) «garanzia dei valori patrimoniali»[531], evidenziando senza possibilità di smentita un «nesso di compenetrazione organica tra il concetto di danno e le strutture del mercato»[532] in una dinamica che in un'altra ricostruzione poggia sull'assunto che il prezzo di un bene «rappresenta la dimensione sociale del valore, della quale la regola giuridica in quanto regola sociale deve in via primaria tenere conto»[533]. Il tutto ad altro non sembrerebbe portare che alla constatazione che la proprietà di un bene, dal punto di vista del risarcimento extracontrattuale, si risolve, in ultima istanza, nella proprietà del prezzo del bene, ed il passaggio è particolarmente significativo poiché in esso sembra trovare conferma l'assunto formulato – pur avendo in mente altro – da John R. Commons secondo il quale la proprietà da fine ottocento in poi, altro non è che la proprietà d'un valore di scambio[534] e pertanto la nozione di perdita di cui parla il 1223 «non corrisponde

[527] Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, cit., 387; cfr. Grisi, *Sub. art. 1223*, cit., 180.

[528] Scrive Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 883 che la *ratio* compensativa «non solo provvede al compito di compensare in capo al danneggiato la ricchezza perduta, ma vi provvede addirittura trasferendogli questa ricchezza secondo parametri propriamente mercantili e, perciò, nella misura in cui il suo trasferimento si mostra giustificato secondo le "leggi del mercato"».

[529] Così sempre M. Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 625 e dello stesso autore indichiamo le considerazioni svolte in Id. Diritto, sistema e senso, cit., 227.

[530] Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 98. Sul punto si riporta anche l'opinione, che a breve sarà ripresa, di Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 788-789, che prospetta una "divisione di competenze" tra sistema giuridico e mercato, dove al secondo è riservato il compito di determinare il valore di scambio dei beni.

[531] Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 576 che prosegue: «a tale funzione, il modello patrimoniale di danno ed il risarcimento attraverso il pagamento dell'equivalente monetario si attagliano in pieno, rivelandosi congrui a un'economia di mercato, nella quale il denaro è fattore di misurazione di ogni bene e prestazione».

[532] Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 472. Cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 169 che pone in risalto la connessione tra la logica del mercato e lo sviluppo del sistema di responsabilità.

[533] Così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821, nota 56.

[534] Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., passim. L'autore, come qui a breve nel testo, distingue tra valore d'uso e valore di scambio e prendendo spunto da una serie di pronunce nordamericane di fine ottocento sulla competenza legislativa in materia di determinazione pubblica dei prezzi, arriva a constatare «compiuto il passaggio definitivo per ridefinire la proprietà, da diritto che si esercita su beni materiali a diritto che riguarda un valore di scambio» (Ibidem, 63), ciò che era successo è che la diminuzione del valore di scambio d'un bene connessa ad un'autorità statale fu qualificata come espropriazione riconducibile al XIV emendamento, e questo fu per Commons un passaggio epocale

all'accezione naturalistica nel senso di mancato conseguimento del bene, bensì a quella in senso funzionale di mancata attribuzione del valore economico di esso»[535] con buona pace del collezionista di gusci di lumaca[536]: in un mondo di mercanti[537], potrebbe argomentarsi, il valore di una cosa è il valore che un mercante le darebbe, e un mercante è disinteressato alle utilità individuali che dalla cosa il singolo può trarre, nei limiti in cui ciò non incida sulla controprestazione che se ne può ricavare in caso di vendita[538].

Torneremo abbondantemente su quest'ultimo punto, ma per il momento è bene evidenziare che se così stanno le cose "il problema" della quantificazione del danno sarebbe veramente una questione di esclusiva competenza dei periti, e, pertanto, dovrebbe considerarsi caduta in un grosso equivoco la gran parte degli autori che si è occupata di questa quantificazione, o perlomeno tutti quelli che hanno introdotto i loro studi sul tema denunciando un certo disinteresse, per questa, da parte dei colleghi[539] e

---

poiché da lì in poi "proprietà" non ebbe più il significato di «diritto sui beni materiali che si possiedono per il proprio uso». Lo studio di Commons viene preso in considerazione anche da Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 791 nota 64 che inoltre propone (nota 65) un'interessante raffronto tra la teoria di Commons e quanto descritto da R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

[535] Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 474.

[536] "Riferita alla proprietà, una *liability rule* fa correre al proprietario di gusci di lumache il rischio che il loro valore sia sottovalutato" così A. Gambaro, *L'analisi economica la ricerca della logica proprietaria*, Riv. crit. dir. priv., 1996, 242, con un esempio che è piaciuto anche a Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 129-130.

[537] Parla di risarcimento come una tecnica la cui «specifica funzione [è quella] di ripristinare la distribuzione mercantile delle risorse» Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 642.

[538] Sul punto appare suggestivo riportare quanto scritto da Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 4, secondo il quale «istituendo la proprietà privata ed il soggetto giuridico astratto lo Stato moderno abroga le relazioni personali di dipendenza della società feudale ed eleva il libero accordo (e quindi il mercato) ad unica forma di mediazione dei rapporti sociali». Sempre di Barcellona, sul risarcimento del danno in forma specifica, cit., 625-626 riportiamo: «la logica della conversione dei valori d'uso distrutti nell'equivalente loro valore di scambio è solidale, è tutt'uno con l'idea che ogni bisogno individuale possa trovare soddisfazione nel mercato e che ogni *utilitas* debba assumere la forma di merce» il concetto viene poi ripreso con altre parole, sempre da Barcellona (Ibidem, 927): «in un mercato efficiente – qual è, evidentemente, quello su cui è parametrata la disciplina del risarcimento – non si dà un interesse alla "cosa" che si distingue dall'interesse al "patrimonio" se non in quel senso particolare e del tutto specifico che allude a significati affettivi, culturali, etici, ecc. che siano assolutamente *singolari*, e cioè proprie esclusivamente di chi è stato offeso dall'illecito e in nessun modo condivisibili da altri, sì da non essere suscettibili di tradursi in una *qualità* del bene mercantilmente apprezzabili». Cfr., anche, di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 168: «le dottrine giuridiche dell'Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperarono appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. nel mercato, com'è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero "costo economico" di siffatti comportament, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati».

[539] Tra i primi segnaliamo l'appena citato Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 3, che introduce il suo studio segnalando che «nell'ampia letteratura giuridica in tema di danni il problema estimativo non fu affrontato convenientemente, a quanto pare, per le seguenti ragioni: perché, secondo la tradizione, fu sempre considerato come *quaestio facti*, che, riguardando i giudici ed i periti,

bene ha fatto, di converso, il legislatore del '42 a non esprimere criteri per la misura del danno[540], poiché tali criteri, sono, in quest'ottica, una questione di fatto[541] e coerentemente, dunque, «la *valutazione* del danno è sostanzialmente lasciata al giudice»[542].

Segnaliamo incidentalmente – ma l'argomento, come si vedrà, è centrale al punto da costituire la pietra angolare di molte argomentazioni dottrinarie – che tra quelle che allo stato del discorso appaiono come mere "esternalità positive" di quest'immedesimazione del bene con il suo valore di mercato, vi è quella dell'oggettività del valore del bene[543], oggettività che oltre a facilitare non poco la valutazione del danno[544], sembrerebbe anche sciogliere un antico dilemma che avvolgeva il risarcimento del danno, dilemma cristallizzato nella distinzione, premessa in apertura, in voga nel diritto intermedio, tra danni comuni e danni singoli o meglio tra lesione dell'*interesse commune* e lesione dell'*interesse singulare*.

Sembra così, con queste poche parole, che possa considerarsi definitivamente risposta la domanda con cui Ulpiano voleva emancipare il valore di mercato del bene (uno

---

avrebbe inutilmente affaticato la mente dei giuristi; perché il Codice civile, cercando di segnare i limiti delle conseguenza dell'azione dannosa piuttosto che di suggerire i criteri per la valutazione del danno, così circoscritto, non fornì occasioni a chiose ed a dibattiti; perché gli scrittori, dominati generalmente dall'idea che non vi potesse essere responsabilità senza colpa, lasciarono da parte tutte le altre norme di diritto positivo con le quali il legislatore aveva cercato di regolare casi speciali di conversione di diritti». Nella di lui scia c'è Graziani, *Appunti sul lucro cess*ante, cit., 123, dove il disinteresse per «il problema estimativo» viene ricondotto, oltre che ad una generale sottovalutazione, anche al diffuso convincimento che questo non presentasse questioni di diritto «bensì questioni di fatto, da lasciarsi completamente al criterio discretivo del giudice». Della stessa opinione è A. Trabucchi, *La stima dei beni e criteri legali di valutazione*, Scritti giuridici in onore della Cedam, Padova, 1953, vol. I, 553.

[540] Cfr. De Cupis, *Il danno*, cit., 292. Riportiamo anche le parole di Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, V, cit., 395 che introducendo il paragrafo dedicato alla «liquidazione giudiciale» nota come «il legislatore si arresta, e confida alla dottrina e alla coscienza dei giudici il risolvere tutte le difficoltà […]. E sia. Noi non c'impegneremo a discutere, se il nostro legislatore sia stato previdente abbastanza, o abbia invece lasciato nella legge un vuoto, che dovrebbe colmarsi». Eppure lo stesso Giorgi, lo abbiamo già visto, ha poi parole d'elogio per Gioia che «scandalizzato dal silenzio delle leggi e dei giuristi su questo argomento, si propose di rintracciare basi più solide per la dottrina della liquidazione del danno».

[541] In senso contrario, tra gli altri v. De Cupis, *Il problema giuridico del «quantum respondeatur»*, cit., 524.

[542] Così, Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 312.

[543] «la tutela aquiliana […] seleziona le utilità che sono garantite al proprietario in quanto giuridicamente rilevanti e lo fa attraverso la tecnica del danno e, in particolare attraverso il filtro rappresentato dalla patrimonialità del danno stesso. in virtù di una valutazione oggettiva nel mercato e quindi per definizione insensibile all'apprezzamento del "capriccio" del proprietario», così M.R. Marella, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, Danno e resp., 1999, 633, corrispondente a M.R. Marella-G. Marini, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, Riv. crit. dir. priv., 1999, 5.

[544] «Ciò che rende il danno non facilmente valutabile è normalmente l'incidenza di valori idiosincratici particolarmente rilevanti rispetto al comune valore di mercato del bene», così Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 128.

schiavo) dalla stima del danno[545]: sed utrum corpus eius solum aestimamus quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum?[546], domanda cui Ulpiano rispondeva inserendo – tra i primi a farlo[547] – l' «eius quod interest», ossia l'interesse singolo del danneggiato valutato in contrapposizione al valore di mercato del bene leso[548], occorre però segnalare – a mo' di nota terminologica – che per Ulpiano il criterio dell'id quod interest non era alternativo all'aestimatio damni, ma di questo era una specificazione: tramite l'*interest* si arrivava all'*aestimatio*[549], oggi invece i due termini si trovano spesso in contrapposizione essendo interpretati, rispettivamente come valore individuale, di cui a breve specificheremo il significato, e valore di mercato[550]. Già per Ulpiano, comunque, era chiaro che l'interesse che un soggetto ha nei confronti di un bene non si esaurisce nel suo valore oggettivo, non si esaurisce nel suo prezzo e non bisogna essere degli esperti di teoria del valore per intravedere nel frammento di Ulpiano la distinzione che poi l'economia classica porterà in voga tra valore d'uso e valore di scambio[551], con la precisazione che in alcuni passaggi della teoria del valore, valore di scambio e prezzo di mercato non vengono considerati sinonimi[552].

---

[545] Occorre infatti considerare che il criterio di valutazione del danno dei cap. uno e tre della lex Aquilia, in un primo momento, si rapportava «al calcolo esclusivo del valore di mercato del *corpus* danneggiato nel periodo indicato dalla legge, senza alcuna considerazione per l'interesse del soggetto danneggiato, sotto qualsiasi forma considerato», così, Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., 44 riprendendo quanto precedentemente sostenuto in Id., *Superamento dell'*aestimatio rei *nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai* non domini, cit., 8 ss.

[546] Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 21, 2, riportato da Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, cit., 62, nota 6 che traduce il così il frammento: «ma facciamo la stima solo del suo corpo, calcolando quale fosse il suo valore quando sia stato ucciso, o piuttosto quale fosse il nostro interesse a che non venisse ucciso?». Una dettagliata analisi del frammento la si trova in Valditara, *Superamento dell'*aestimatio rei *nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai* non domini, cit., 202 ss.

[547] Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, cit., 61-62. Occorre però registrare che a cavallo tra il primo ed il secondo secolo dopo cristo «per opera di giuristi quali Nerazio, Giavoleno e poi Giuliano si insinuò una *interpretatio* evolutiva che, pur rispettando formalmente i *verba legis*, consentiva una indiretta valutazione *dell'utilitas* del danneggiato» per la quale si rinvia a Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., 45, da cui l'ultimo virgolettato è preso e proprio da quest'ultimo studio si apprende (Ibidem, 180) che la locuzione *id quod interest* sembrerebbe fare la sua comparsa con Giuliano D.47, 2, 60 ma è con Ulpiano che la locuzione viene inserita nella stima del danno della lex Aquilia (Ibidem, 291-292).

[548] Se quanto scritto è vero, dovrebbe essere chiarita una frase tipo «la misura della *repressione* [il risarcimento del danno] è commisurata al *valore* di *mercato* dei beni, rapportato all' *id quod interest* del danneggiato», così Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 314.

[549] Cfr. Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., 48.

[550] Per la dottrina risalente v. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, cit., § 45, 197. Per la dottrina recente Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103; Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 111; Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 10-11.

[551] La dicotomia tra valore d'uso e valore di scambio è da tempo parte del vocabolario dello studioso del diritto civile come dimostra Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 38 che a sua volta cita Pampaloni, Ferrini e Minozzi.

[552] Il riferimento è in particolar modo indirizzato a Marx, ma occorre sottolineare che questo passaggio della teoria del valore non ci interessa direttamente in questa sede poiché volto, non a fornire una stima del valore ma ad evidenziare i meccanismi con cui il produttore decide il valore di un bene, tema che solo

Sulla scia dei significati che vengono attribuiti negli studi sul risarcimento del danno, il valore di scambio che qui viene preso in considerazione è invece sinonimo di prezzo di mercato[553] e anche grazie alla definizione che può darsi di valore d'uso riusciamo ad identificare meglio quell'esternalità positiva citata prima: il valore d'uso è un valore soggettivo e come tale variabile da persona a persona, poiché è «caratterizzato dall'utilità individuale del danneggiato»[554] o come può leggersi su un'enciclopedia economica, rappresenta il «valore per uno specifico soggetto, funzione delle utilità […] che un bene esprime per tale soggetto, nelle sue particolari condizioni di utilizzo»[555] e un'ulteriore conferma che la teoria del valore nacque con gli studiosi della responsabilità del periodo intermedio, deriva dalla perfetta sovrapponibilità – a contrario – di tale definizione con la definizione che poteva darsi di prezzo: «communis aestimatio ad id quod interest referantur si non singulariter intersit», secondo Catiani[556], ed era il 1542.

3.5.2. Il lucro come valore d'uso e il valore d'uso come interesse *singulare*. Il valore di scambio come proiezione di valori d'uso e il lucro cessante risarcibile come "produttività eccentrica".

Quanto descritto deve ora fare i conti con la risarcibilità del lucro cessante, che già dal suo presentarsi come un "più" rispetto al valore di mercato d'un bene[557], mette in crisi quanto fin'ora argomentato e permette di enucleare che il lucro che tramite un bene si produce, è un valore d'uso di tale bene[558], vicenda da altri formulata come un

---

indirettamente interessa qui, come qui non interessa direttamente il successivo passaggio della teoria del valore volto ad introiettare il concetto di utilità marginale per dimostrare la variabilità dell'interesse soggettivo nell'incameramento d'un unità aggiuntiva di merce.

[553] Cfr. Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 812.

[554] Così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821, nota 56. Da un'altra prospettiva muove Ferri Jr., *Danno contrattuale e valori di mercato*, cit., 813 ss., il quale ritiene che di valore d'uso possa parlarsi solo in termini oggettivi ossia riferendosi esclusivamente ad una perdita di funzionalità concreta del bene o individuando una categoria di beni idonei a soddisfare un certo tipo di utilità, appare evidente come, date queste premesse, il concetto di valore d'uso viene ridimensionato al punto da essere sostanzialmente inutile in sede di valutazione del danno, cosa su cui per altro Ferri jr. concorda.

[555] F. Buttigon, *Valore (voce)*, Dizionario di Economia e Finanza, 2012 consultato dal sito Treccani.it.

[556] Catiani, *De eo quod interest*, c. II, 778, riportato anche da Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, 40

[557] Cfr Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 758, dove, anticipando le conclusioni dello studio, l'autore afferma la sovrapponibilità tra danno emergente e valore di mercato del bene.

[558] Non è molto diffuso in dottrina quest'accostamento tra lucro cessante e valore d'uso, in tal senso v. comunque Belvedere, *Causalità giuridica*?, cit., 21 e F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, v. 2, Padova,

meccanismo con cui «in sostanza viene protetto non lo *stock* di capitale, ma anche il *flusso* di reddito che tale stock avrebbe prodotto»[559]. La teorizzazione del danno differenziale – che altro non è che una specifica applicazione, in chiave meramente patrimoniale, dell'*id quod interest*[560] – d'altronde, altro scopo non sembra aver avuto se non quello di introiettare tale valore d'uso nella quantificazione del danno che in alternativa, laddove il danno fosse stato apprezzato nella sua consistenza materiale, difficilmente avrebbe potuto giustificarsi al di là del valore oggettivo del bene leso[561]. Non si avvede di ciò quella dottrina sicura nell'affermare che «il concetto di valore d'uso è tutto estraneo al risarcimento»[562].

2010, 79. Non sembra della stessa opinione Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., passim, v. sotto nota 562; cfr. anche Messinetti, *Danno giuridico*, cit., spec. 490-491 che dopo aver definito il danno emergente «"perdita economica", genericamente identificata nel suo sostrato naturale come distruzione totale o parziale del valore d'uso di un bene, che è rappresentata dall'impossibilità di utilizzazione del bene stesso in funzione di una scelta di mercato secondo criteri di normalità» è poi costretto ad ammettere che «il concetto di valore d'uso appare separato dall'idea produttivistica delle relazioni istituibile attraverso l'utilizzazione di beni, per essere impiegato solo come sinonimo del valore oggettivo ricavabile dallo scambio». Per Messinetti, dunque, il valore d'uso che interessa alla responsabilità è sostanzialmente quel valore d'uso che diviene valore di scambio, ma occorre segnalare che è lo stesso Messinetti (Ibidem, 474) a definire il lucro cessante come un valore d'uso ed è forse per questo che Messinetti (Ibidem, 491) scrive poi che «il concetto di mancato guadagno, che nel significato espresso da quest'ultima norma [1223] deve operare per indicare di volta in volta la mancata attuazione di valori monetari inseriti in operazioni di scambio, non acquisisce effettiva capacità operativa per i fini della responsabilità extracontrattuale», anche Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 294 ss., adotta l'idea che la bipartizione valore d'uso/valore di scambio è in un certo senso sopravvalutata poiché premessa l'introiezione del valore d'uso nel valore di scambio, è evidente che uno sdoppiamento di significati sul tema «finisce per risultare un nonsenso», avremo modo di tornare sul punto, ma può qui comunque sottolinearsi il dato che secondo l'autrice, nonostante il nonsense, la bipartizione, come uno «spettro», riappare nelle decisioni laddove il prezzo d'affezione – che è comunque un valore d'uso - «filtra nel sistema di responsabilità civile e si traduce in danno risarcibile» (Ibidem, 295).

[559] Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 280

[560] *Id quod interest* e danno differenziale sono criteri di valutazione equivalenti per Valditara, *Damnum iniuria datum*, cit., 50 e sulla stessa linea v. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 577. Della stessa opinione sembra Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., 91-92, che comunque – come già riportato –ritiene l' *id quod interest* applicabile solamente al contesto contrattuale. Cfr. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103; di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 226; Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 10-11.. Sul punto v. anche Betti, "Id quod interest", cit., 133 secondo cui «il *quod interest* assume […] il senso di una differenza fra due situazioni patrimoniali, messe a raffronto: differenza apprezzabile in termini di valore pecuniario». Non sembra della stessa opinione Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 116 che paventa la necessità di «coniugare le tecniche della *differenztheorie* con quelle *dell'id quod interest*», sottintendendone la diversità. Cfr. anche l'opinione di Rizzo, *Il problema dei debiti di valore*, cit., 189 secondo il quale «a ben vedere […] l'*aestimatio rei* e il calcolo dell'*id quod interest* non possono essere, oggi, posti in contrapposizione, essendo la prima parte del secondo e più completo sistema di quantificazione».

[561] Cfr. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103; Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 169-170; Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 10.

[562] Mandrioli, *Risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 360, che motiva l'assunto scrivendo che il valore d'uso «è per sua natura *soggettivo* e dal punto di vista giuridico sinonimo di utilità soggettiva» (corsivo in originale), tralasciano quest'ultimo punto, centrale, come si vedrà, segnaliamo anche Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 496 che scrive: «ciò che ha di mira la prestazione risarcitoria nei suoi correttivi e adeguamenti tratti dal mercato non è tanto il valore d'uso inglobato e singolarmente prefigurato nella concretezza dell'operazione di scambio. La valutazione che viene espressa consente piuttosto la comprensione della prestazione risarcitoria quale valore d'uso, secondo la logica delle oggettive potenzialità dei valori conseguibili, così come sono definite dal mercato» (ed occorre poi notare

Il lucro cessante, in quanto valore d'uso è poi un valore individuale[563], poiché è un valore direttamente connesso non al bene, ma al soggetto che sul bene ha il diritto: poniamo Tizio e Caio entrambi proprietari di un identico vaso il cui valore è 10, Tizio il vaso lo tiene in salotto, Caio il vaso lo sta per esporre ad una mostra da cui riceverà 2 come controprestazione. La rottura del vaso da parte di un ipotetico danneggiante determina per Tizio un danno di 10, per Caio un danno di 12 e basta questo per evidenziare come il soggetto, e non l'oggetto, è la chiave della risarcibilità del lucro cessante. Per essere più precisi l'oggetto diviene il medio tramite cui una specifica qualità del soggetto produce il lucro, che comunque andrà perso con la distruzione dell'oggetto, e suggestivo a tal proposito appare segnalare che il termine *uso* secondo

---

che Messinetti (Ibidem, 509 ss.) propone una ridefinizione di valore d'uso), e concorde sembra essere Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., spec. 788-789 secondo il quale la lesione materiale del bene ha ad oggetto un valore d'uso, ma il risarcimento prende in considerazione solo il valore di scambio. Senza voler essere troppo sottili segnaliamo però che le stesso Ferri jr. (Ibidem, 794, nota 70) è costretto a rilevare che il danno risarcibile può essere superiore al valore di mercato del bene «nel caso di sussistenza di disvalori qualificabili come lucro cessante». Una spiegazione di quella che appare una contraddizione l'autore sembra darla (Ibidem, 804, nota 95, che comunque rimanda a Ibidem, 776 ss.) laddove sostiene che la risarcibilità di questo lucro non è in contrasto con quanto argomentato poiché «il valore di scambio […] è stato qui riferito ad uno solo degli addendi del danno risarcibile *ex* art. 1223 c.c., la perdita subita dal creditore, il che non solo non esclude, ma addirittura presuppone la risarcibilità dei redditi non prodotti a causa del fatto dannoso; tale disvalori, tuttavia, dovendo qualificarsi in termini di guadagni mancati, sono risarcibili solo in quanto conseguenze immediate e dirette del danno ingiusto». Premettendo di condividere quest'ultimo punto, o meglio parte degli argomenti che tale punto presuppongono (Ibidem, 776 ss.) è certo che l'assimilazione tra lucro cessante e valore d'uso rende irricevibili alcune considerazioni svolte da Ferri jr., ma la verità è che quest'autore, a monte, non riconosce tale assimilazione (v. in particolare la definizione di valore d'uso che lo stesso Ferri jr., fornisce tarandola su una dimensione prettamente oggettiva, Ibidem, 812 ss) e, pertanto, l'argomentazione svolta è intrinsecamente coerente. Resta però la domanda: se il valore del lucro cessante non è un valore di scambio e non è neanche un valore d'uso, che valore è? Analoga, ma differente, è la posizione di Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821 nota 56 secondo il quale «la logica del risarcimento impone che del valore d'uso, caratterizzato dall'utilità individuale del danneggiato si possa tener conto fino a quando esso non diverga da quello di scambio» è così, di fatto, Castronovo disconosce l'utilità della nozione di valore d'uso, poiché come si vedrà a breve, la nozione di valore d'uso rilevante per il risarcimento è proprio il sovrappiù di valore che questo palesa rispetto al valore di mercato. Aggiunge poi l'autore che il prezzo rappresenta «la dimensione sociale del valore» e nel risarcimento solo di tale "dimensione sociale" è bene curarsi. Anticipiamo qui che proprio questa "dimensione sociale" sarà ciò che noi porremo alla base della risarcibilità dei valori d'uso, "dimensione sociale" che, come cercheremo di dimostrare, sarebbe arbitrario riscontrare nel solo valore di mercato del bene. Anche Castronovo, a ben vedere, sembra lasciare aperta questa via laddove indica come il risarcimento «deve in via primaria tenere conto» di questa determinazione sociale/valore di mercato, "via primaria" che astrattamente giustifica una "via secondaria" che dal valore di mercato permette di distaccarsi. Cfr. anche Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 623, (ma anche Id., *Trattato della responsabilità civile*, cit., 917) che descrive il risarcimento per equivalente come un rimedio che «consiste nella compensazione del valore d'uso venuto a mancare in un patrimonio con il corrispondente valore di scambio prelevato coattivamente da un altro patrimonio», cosa che sottintende che laddove il valore d'uso è maggiore di quello di scambio, solo a quest'ultimo occorre far riferimento nella quantificazione del danno. In senso contrario a tutta la dottrina ora citata v. De Cupis, *Il problema giuridico del «quantum respondeatur»*, cit., 523 il quale scrive che la misura o stima del danno «si ottiene atraverso la misura pecuniaria del'interesse, ch'è oggetto del danno, pienamente considerando il valore d'uso ed il valore venale del bene riguardo allo specifico soggetto che ha sofferto il danno». torneremo a breve sull'idea di De Cupis.

[563] Cfr. sul punto Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 144 dove viene sottolineata la connessione tra valutazione soggettiva ed attività produttiva.

alcuni[564] deriva da dal latino opus (*lavoro*), al fine di ricollegare il *valore d'uso* a qualcosa d'analogo al *valore del lavoro*, per continuare a mettere in luce che il lucro cessante è un danno che – al contrario del danno emergente/valore di mercato – si "appiccica" al soggetto; secondo Accursio, d'altronde, l' *id quod interest* non è nient'altro che il «singulare rei pretium»[565].

A questo punto ben giustificata potrebbe essere l'opinione di chi ritiene che il danno, per la sua valutazione, deve essere apprezzato con gli occhi del danneggiato, ossia in senso soggettivo[566]. Semplicistico è, però, fondare tale assunto sulla considerazione che «il diritto non ha mai tutelato i *beni*, vale a dire gli oggetti considerati nella loro generica idoneità a soddisfare i bisogni umani, ma bensì gli *interessi*, cioè la possibilità che bisogni di determinati soggetti vengano soddisfatti mercé i corrispondenti beni: e, in conseguenza, oggetto di danno in senso giuridico sono sempre stati gli interessi»[567]. Il frammento, appare evidente, da per presupposto proprio ciò che vuole dimostrare, ossia

---

[564] Cfr. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit.,67-68,

[565] *Dig. Novarum cum commentariis*, Venetiis 1569, L. 39, tit. II, De damno, riportato anche da Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 17 il quale poi (Ibidem, 41) giustamente rileva che «la *rei aestimatio* corrispondeva all'*id quod interest*, solo se […] questo era valutato *communiter* e non *singulariter*»

[566] Poiché «rispetto al medesimo bene sono configurabili interessi varii per quanto varii sono, nella realtà, i soggetti il cui concreto bisogno può essere da esso soddisfatto», così, De Cupis, *Il danno*, cit., 293-294 e della stessa opinione è Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 114 ss. Una radice dell'opinione in discorso è rintracciabile già in Gioja, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento e relative basi di stima avanti ai tribunali civili*, cit., 125 secondo il quale «per esservi distruzione o danno non importa che la cosa distrutta o danneggiata abbia un valor commerciale, cioè, che per l'indole sua possa essere a molte persone indistintamente utile, ovvero ch'ella abbia soltanto un valor particolare, e sia utile ad un solo individuo, come sarebbe, per es., una carta che contenesse delle note relative ad interessi particolari». Chiaramente Gioia aveva in particolar modo in mente il valore del prezzo d'affezione, valore che la dottrina citata sopra in questa nota non considera risarcibile ma dall'esempio che poi Gioia propone – il documento utile solo al danneggiato – si stabilisce una certa aderenza delle due argomentazioni, poiché ciò che Gioia sembra voler dire è solo che il danno va valutato non con occhi oggettivi, di mercato, ma con gli occhi soggettivi del danneggiato. Segnaliamo qui che dicotomia valore oggettivo valore soggettivo può avere conseguenze anche sull'annosa questione del momento di determinazione del danno come rileva Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 247 ss., e come sembra ventilare già Giorgi, Teoria delle obbligazioni, V, cit., 398-399.

[567] De Cupis, *Il danno*, cit., 293 (corsivi in originale) preso in considerazione anche da Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 794, nota 70 s riportato anche da Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 10.. Per De Cupis, oltre a quanto riportato nel testo, la valutazione soggettiva è argomentabile anche su basi storiche e sul 1223 dove «l'aver fatto riferimento alla persona del creditore […perdita subita dal creditore, recita il 1223], significa che il legislatore vuole che il danno da risarcire sia misurato per quello che specificamente è rispetto al suo soggetto passivo» (Ibidem, 295). Su quest'ultimo punto possono svilupparsi due obbiezioni, la prima è l'interpretazione proposta fa dire ad un semplice "dal creditore" forse troppo di più di quanto il tenore della norma lascia intuire, la seconda è che – ma il punto, peraltro già emerso discorrendo di danno contrattuale, sarà ripreso (V. sotto paragrafo 3.5.4.) – è scontato che in ambito contrattuale lo specifico interesse del creditore abbia rilievo, chiaramente nei limiti in cui tale interesse non resti nel cono d'irrilevanza dei motivi soggettivi. Che poi il danno contrattuale non è uguale al danno extracontrattuale e pertanto tecniche valutative del primo possono non essere compatibili col secondo, è grossomodo uno dei nodi dello studio che qui si compie. Segnaliamo poi che la valutazione soggettiva del risarcimento è fatta propria anche da Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 114 ss., e Navaretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 111.

che la "misurazione" dell'interesse non debba compiersi su parametri oggettivi e fonda dubbi d'inconsistenza laddove poi occorre spostarsi dal piano astratto a quello pratico, ossia indicare i criteri con cui pesare l'intereresse soggettivo, spostamento difficile per l'autore che sul punto – dopo aver formulato esempi riconducibili al lucro cessante ed al danneggiamento d'un bene facente parte d'una universalità – scrive: «non ci addentriamo, riguardo alla misura dell'interesse, in maggiori dettagli, i quali non possono essere che di spettanza alla scienza economica»[568]. Una critica più compiuta sul punto ci costringerebbe ad anticipare temi che a breve tratteremo: la (non) risarcibilità del c.d. prezzo d'affezione, che è comunque un valore (d'uso) individuale[569] e, in generale, il risarcimento in forma specifica *ex* 2058 che secondo i più dimostra, con quel giudizio di eccessiva onerosità, la predominanza del valore di scambio sul valore d'uso nell'ottica del risarcimento[570]. Basta qui porre in rilievo il significato minimo di quanto riportato: la risarcibilità del lucro cessante è la risarcibilità d'un valore non inerente direttamente alla cosa[571].

Un'ultima premessa è necessaria per fondare la base argomentativa della tesi che stiamo andando a formulare: il valore d'uso, per lo meno quello che qui interessa, è un concetto costruito in negativo sul concetto di valore di scambio, ossia laddove il valore d'uso viene introiettato nel valore di scambio questo perde le caratteristiche che al valore d'uso si ricollegano[572] ed è bene aver presente che *spesso* il valore d'uso diviene il valore di scambio, e *spesso* da questo «non può essere valutato separatamente»[573]. Il modo con cui il valore d'uso diviene valore di scambio sembra abbastanza chiaro nella dottrina che si è occupata del tema, laddove ad esempio – forse inconsapevolmente richiamando la curva di trasformazione dei beni presenti in beni futuri dell'economista

[568] De Cupis, *Il danno*, cit., 301

[569] V. ad esempio le considerazioni svolte a suo tempo da Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, 28 ss., che mette in stretto rapporto, proprio come De Cupis, danno e interesse, che Minozzi chiama utilità, al fine dichiarato di dare legittimità al danno non patrimoniale.

[570] V. paragrafo 3.5.5.

[571] Segnaliamo l'opinione di Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 105 ss. che bilancia il profilo soggettivo della valutazione del danno con un la «valutazione sociale tipica» utile a circoscrivere l'entità del risarcimento. Il punto, condivisibile anche se epurato della funzione d'apertura del sistema al danno non patrimoniale che sembra essere il vero obiettivo dell'autore cfr. sotto, paragrafo 3.5.3.

[572] E questo è il punto di maggior distacco della costruzione che qui si propone con quella di Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., passim.

[573] Così Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 38. Data questa premessa l'argomento proposto nel testo non sembra incompatibile con quanto scrive Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 490 secondo il quale il danno emergente – da noi preso come sinonimo di valore di scambio – è «genericamente identificat[o] nel suo sostrato naturale come distruzione totale o parziale del valore d'uso di un bene, che è rappresentata dall'impossibilità di utilizzazione del bene stesso in funzione di una scelta di mercato secondo criteri di normalità».

Irving Fisher[574] – è stato posto in rilievo quanto sia «semplice rilevare come il valore dei beni sia normalmente il riflesso della capacità degli stessi di procurare utilità future»[575] ossia che, come argomenta altra dottrina, «reintegrando lo stock [di capitale], si reintegra anche il flusso [di reddito prodotto dal capitale]»[576] dinamica da altri, infine evidenziata notando che per un bene fruttifero «la capitalizzazione dei redditi può essere criterio di misura adeguato ad esprimere, insieme, sia il danno emergente che il lucro cessante»[577], ma già da quest'ultimo frammento emerge la confusione, che sulla dicotomia danno emergente/lucro cessante, la modalità d'introiezione del valore d'uso nel valore di scambio può ingenerare[578], d'altronde, si chiede un autore in un passaggio già riportato nell'esposizione della dottrina sopra definita riduzionista[579]: la perdita di un'azienda è danno emergente o lucro cessante? e lo stesso risponde: «"danno emergente", si direbbe, perché si tratta della perdita di un bene. D'altra parte, il valore di un'azienda corrisponde idealmente all'attualizzazione dei flussi di cassa attesi, che costituiscono un lucro cessante»[580].

Per chiarire il punto e liberarci della confusione ora prospettata – chiarificazione utile poi anche a fornire un argomento contrario a quell'equiparazione tra danno emergente e lucro cessante da cui questo lavoro ha preso le mosse – formuliamo un semplice esempio[581]. Prendiamo un cavallo da corsa, uno di quelli che vince spesso le gare, il valore di mercato di questo cavallo sarà molto alto, di certo più alto del suo omologo che la gare non le vince, ed il motivo è intuitivo: la possibilità di vittoria del cavallo, che altro non è che un valore d'uso del cavallo stesso, diviene un parametro del suo valore scambio. La domanda è dunque: in caso d'uccisione del cavallo il lucro cessante

[574] I. Fischer, *Teoria dell'interesse*, 1930,Opere, a cura di A. Pellanda, Torino, 1974. Questo riferimento a Fischer viene qui formulato anche per sottolineare le possibili intersezioni, ventilate poco sopra, tra teoria del valore e teoria generale del risarcimento del danno.

[575] Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 160.

[576] Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 280 che si chiede se l'uccisione di una pecora comporta il risarcimento del prezzo degli agnelli futuri e sulla considerazione che «le pecore, come le sterline, sono tutte prolifiche» conclude che risarcendo il solo valore di mercato della pecora il danneggiato viene ricollocato nella medesima curva d'indifferenza in cui si sarebbe trovato senza l'evento dannoso.

[577] Così, Mastropaolo, *Danno, Risarcimento del danno*, cit., 10.

[578] V. anche sul punto Tedeschi, *Il danno e il momento della sua determinazione*, cit., 257 ss., dove discorrendo del valore di un immobile viene sostenuto che il danno emergente «sussiste in quanto si ritenga che dal bene danneggiato il soggetto avrebbe ritratto servizi diretti e indiretti, come dicono gli economisti, commoda e utilitates, come dicevano gli scrittori del diritto comune, si riduce anch'esso, in definitiva, a lucro cessante e danno futuro». Cfr, sul punto anche Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 251.

[579] Capitolo 1, paragrafo 1.

[580] Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 111.

[581] Che può trovarsi anche in Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 92-93, seppur formulato all'interno di un discorso sulla perdita di chance, cosa che per altro ci permette ancora di sottolineare il rapporto – di fatto, sul punto, ignorato dall'autore – tra chance e lucro cessante.

derivante dalla perdita dei premi futuri è da risarcire? E la risposta, date le premesse, è no[582] poiché in realtà tale valore d'uso è già risarcito sotto forma di risarcimento del valore di scambio[583] e se lo risarcissimo anche a titolo di lucro cessante, inevitabilmente, lo risarciremo due volte[584]. In altre parole, con l'introiezione nel valore di scambio, il valore d'uso viene attualizzato e più non si apprezza come una proiezione di utilità divenendo una caratteristica intrinseca del bene stesso[585], intrinseca al punto da non dover essere oggetto di specifica prova[586]. Logico corollario è che non alcun senso parlare – come pure ha fatto autorevole dottrina – di un lucro cessante intrinseco ad un bene contrapposto ad un lucro cessante al bene estrinseco, poiché, semplicemente, se il lucro cessante è veramente intrinseco al bene, il lucro cessante diviene danno emergente[587].

---

[582] Alla stessa conclusione arriva anche Trib. Napoli, 21 maggio 1986, Resp. civ. prev., 1986, 568 ss. (con piccola nota di G.A. Ben) riportato anche da Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 93. La conclusione del tribunale è identica, ma l'argomentazione lascia perplessi. Dinnanzi ad una domanda che sommava valore di mercato del cavallo, più vincite future, più puledri che sarebbero stati, dal cavallo, generati, il tribunale ritiene proprio di non potersi trattenere dal rilevare che «quello proposto è un canone giuridico inaccettabile, l'animale visto come produttore di reddito quasi fosse una persona umana […] vero è, invece, che sotto il profilo economico l'animale va considerato né più né meno come una cosa, pertanto possibile oggetto di vendita, la cui perdita va calcolata alla stregua del suo valore commerciale che, per l'appunto, è in funzione della razza, della genealogia, delle intrinseche e specifiche caratteristiche del bene individuato, delle prestazioni fino a quel momento ottenute, dell'età». Come ben rileva l'annotatore «ma cosa significa che bisogna tener presenti le prestazioni finora ottenute, le caratteristiche del bene, la sua età, se non riferirsi a ciò che il cavallo potrebbe ancora dare, in termini economici, al proprietario?» e la conclusione dell'annotatore è nel senso espresso nel testo, poiché «è giusto non cumulare il valore di mercato del cavallo da corsa con il lucro cessante ma non perché sia escluso che una cosa possa produrre un redito, bensì perche il valore di mercato coincide, nel caso di specie, con l'attitudine (sia pure astratta) a produrre un reddito».

[583] Uno spunto in tal senso era già presente, seppur esposto in chiave critica, in Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, cit.,143-144: «si è […] domandato se allorchè vengano distrutte negative fotografiche, modelli tecnici, ecc. il danno che soffre il proprietario di esse debba considerarsi lucro cessante per la parte che corrisponde al guadagno che potrà trarsene stampando le fotografie, riproducendo i modelli. E si è obbiettato in senso negativo che non si è qui in presenza di un lucro mancato, poiché le fotografie, i modelli, hanno un valore attuale sotto considerazione della loro futura utilizzazione industriale».

[584] Cfr. Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 159-160

[585] Cfr. Barcellona, Chanche *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 970 secondo il quale «vi sono beni il cui valore ben può consistere proprio ed esclusivamente nel guadagno che per il loro tramite si può conseguire: ad es. la ditta e gli altri segni distintivi non hanno un valore in sé, ma valgono per la clientela che orientano, e dunque solo per le possibilità di guadagno che ad essi si accreditano. Certo nel caso di tali beni questo valore che consiste nella possibilità di appropriarsi di valore per lo più si oggettivizza in una espressa situazione giuridica soggettiva e, di norma, presenta un proprio riconoscibile prezzo di mercato (che altro non è che la capitalizzazione delle possibilità di guadagno che ad essi si accreditano)».

[586] «la valutazione del valore economico del cavallo, accertato e liquidato in funzione della razza, della genealogia, delle intrinseche e specifiche caratteristiche del bene individuato, delle prestazioni fino a quel momento ottenute e dell'età, comprende già l'utilità che il cavallo avrebbe ancora potuto procurare al proprietario» così Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 93.

[587] Ci riferiamo alla posizione di Belvedere, *Causalità giuridica?*, cit., 19 ss., già presa in considerazione nel capitolo 1, alla nota 86.

Quanto adesso venuto in rilievo – che non è certo una scoperta che si fa in queste pagine – può così essere sintetizzato: il valore di scambio non è altro che una proiezione di valori d'uso[588].

Eppure può accadere – e la risarcibilità del lucro cessante sta lì a dimostrarlo – che un valore d'uso non venga introiettato nel valore di scambio[589], e per interrogarsi su tale possibilità diviene necessario porre all'attenzione sul fatto che il valore di scambio è una generalizzazione, ossia una media, e in quanto tale non è in grado di disvelare tutti gli elementi valutabili in misura sia superiore sia inferiore rispetto a tale media.

3.5.3. Il valore di scambio come generalizzazione e l'equità nel risarcimento del lucro cessante come tecnica di riconoscimento del valore d'uso.

Quanto adesso verrà introdotto ha poche corrispondenze con la reale determinazione dei prezzi delle cose, ma non interessa qui sapere perché quella cosa ha quel prezzo, interessa enucleare il rapporto minimo tra valore d'uso e valore di scambio, e su questo rapporto minimo non incidono né i costi di produzione di un bene, né l'eventuale scarsità del bene, che in quanto segue devono considerarsi entità date ed invariabili.

---

[588] Già Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 14 accenna a tale dinamica se pur non discorrendo precisamente di lucro cessante: «il piacere, l'utilità che produce la cosa, o l'ofelimità, come dicono gli economisti, non sono che elementi che concorrono alla formazione del valore di essa». Il frammento permette di sottolineare come già fatto nel testo e come si farà oltre che il lucro cessante non è il valore d'uso, ma *un* valore d'uso, che assieme ad altri concorre nella determinazione del valore di mercato del bene. Significativo è poi l'utilizzo del termine *ofelimità*, ossia il vocabolo che, come noto, Pareto utilizzava per sottolineare la soggettività della funzione d'appagamento dei bisogni riferibile al bene. Cfr. anche – sempre per la dottrina del vecchio codice – Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 28: «la funzione che un bene compie a servizio dell'uomo fa nascere l'idea dell'utile, dell'utilità: ed il grado di utilità in rapporto all'uomo fa nascere l'idea di valore». In tempi recenti l'argomento portato nel testo è stato considerato da Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 490 il quale definisce il danno emergente, e il frammento era già stato precedentemente riportato, come perdita economica «genericamente identificata nel suo sostrato naturale come distruzione totale o parziale del valore d'uso di un bene, che è rappresentata dall'impossibilità di utilizzazione del bene stesso in funzione di una scelta di mercato secondo criteri di normalità».

[589] Non si avvede di questa possibilità Marella, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, cit., 638 secondo la quale «l'analisi economica non ha faticato molto a evidenziare che le utilità d'uso interenti al bene sono *ovviamente* tenute in considerazione nello stesso valore di mercato del bene» (corsivo nostro), il frammento è presente anche in Id. *La riparazione del danno in forma specifica*., cit., 294.

Prendiamo un insieme di dieci soggetti. Se tutti e dieci valutano l'utilità – sia chiaro, anche non economica[590] – che traggono da un bene in misura identica, poniamo dieci, quel dieci sarà il valore di mercato del bene[591] nel senso che saranno tutti pronti a liberarsi del bene con una contropartita economica uguale o superiore: e questa è una manifestazione della dinamica base con cui il valore d'uso diviene valore di scambio[592]. Poniamo poi un altro stato delle cose in cui solo otto su dieci, tra i componenti dell'insieme, danno un identico valore all'utilità che traggono da un bene, a questo punto il valore che la comunità dei dieci soggetti assegna al bene – ossia il valore oggettivo del bene – verrà modulato sull'incidenza quantitativa dei due soggetti che la pensano diversamente poiché il prezzo è una conseguenza «della pluralità dei soggetti, che agiscono l'uno indipendentemente dall'altro, ma le cui azioni sono coordinate e rese mutuamente compatibili appunto dall'azione dei prezzi»[593]. La prima considerazione sul punto è volta a sottolineare «la dimensione sociale del valore»[594] racchiusa nel prezzo di mercato che può essere definita «una valorazione di normalità sociale»[595], "valorazione" che – ribadisce altra dottrina – «non si dà *in natura* né dipende *dall'universale*; consiste,

---

[590] Sottolinea Marella, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, cit., 636 che «nel danno patrimoniale filtrano talvolta valutazioni soggettive che, secondo la dicotomia, dovremmo a rigore definire non patrimoniali. Quando questo avviene, non è dovuto ad un capriccio dell'interprete, ma è piuttosto il frutto della recezione a livello giuridico di modelli sociali dominanti, che la tutela risarcitoria contribuisce a rendere forti». Sempre Marella (Id. *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 260) scrive: «infiniti spostamenti dall'ambito del non patrimoniale all'ambito del patrimoniale (e viceversa) sono allora possibili, stante l'immanenza degli attributi tanto "soggettivi" quanto "oggettivi" della persona nel mercato».

[591] «Il piacere, l'utilità che produce la cosa, o l'ofelimità, come dicono gli economisti, non sono che elementi che concorrono alla formazione del valore di essi», così, Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, cit., 14. Ribadiamo che quanto descritto non è il modo di costruzione del prezzo, ma occorre anche segnalare che dietro l'idea che la moderna teoria del valore non sia altro che una teoria soggettivistica o psicologica, vi è proprio il ridurre il problema del valore a quanto descritto nel testo, o almeno così ci sembra di comprendere da Napoleoni, *Valore*, cit., 110-111.

[592] «il fatto che esista il bisogno, e il bene capace di soddisfarlo, quindi l'utilità, determina, in misura direttamente proporzionale, la domanda e il prezzo al quale i consumatori sono disposti a comprarlo che, reciprocamente, rileva che essi gli attribuiscono un'utilità maggiore o uguale», così Sechi, *Teorie del valor*e, 1, cit., 207 nel descrivere parte della teoria di Say sul valore. Ricordiamo subito che non interessa qui la questione della scarsità del bene, e questo promemoria istantaneo serve per resistere alla nota critica di Adam Smith che portando l'esempio dell'acqua e dei diamanti evidenzia come «le cose che hanno il più grande valore d'uso hanno frequentemente poco o nessun valore di cambio; ed al contrario quelle che hanno il più grande valore di cambio hanno frequentemente poco o nessun valor d'uso». Cfr. anche Trabucchi, *La stima dei beni e criteri legali di valutazione*, cit., 560, nota 10: «dev'essere chiaro che le circostanze soggettive che non vanno considerate agli effetti del computo del valore venale sono solamente quelle che si riferiscono al singolo individuo il quale potrebbe fare del bene un apprezzamento di particolare valore: non invece le circostanze che possono influire sulla più generale domanda di mercato», così scrivendo Trabucchi, evidenzia il nesso che lega il valore d'uso, al valore di scambio.

[593] Così, l'economista Napoleoni, *Valore*, cit., 118.

[594] Così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821, nota 56.

[595] Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 470 che prosegue il frammento evidenziando come questa valorazione «è determinata dai circuiti del mercato assunti in funzione dello scambio».

invece, in un *artificio sociale*»[596] e se così è, al posto di valore di scambio sarebbe più significativo parlare di valore comune – come d'altronde faceva già Shupfer nel 1868[597] – per poi agganciare, ancora una volta, la terminologia a quella del diritto intermedio che sul punto, come detto, parlava di interesse *commune* e non è un caso, dunque, che sul tema, recependo spunti d'oltreoceano si sia scritto che la «*liability rule* comporta […] una decisione collettiva circa l'ammontare del danno»[598] come d'altronde suggerisce il fatto che la logica base della determinazione del prezzo, sintetizzata nella c.d. legge della domanda e dell'offerta, non è altro che l'astrazione complessiva delle singole contrattazioni[599]: il valore di mercato è «il prezzo che un soggetto *medio* avrebbe ricavato dal bene ove l'avesse scambiato»[600]. Il punto ci sembra accennato anche nell'opera pioneristica sulla stima del danno di Melchiore Gioia laddove un bene con «valore commerciale» viene descritto come quel bene «che per l'indole sua possa essere a molte persone indistintamente utile»[601] sottolineando che il valore di scambio d'un bene è perciò, e in questo senso, come anticipato: una generalizzazione di valori d'uso[602] – generalizzazione che già discorrendo di danno contrattuale si è ritenuto di dover in qualche modo ridimensionare[603] – e che può anche essere descritto, come fece un autore particolarmente incline alla destrutturazione, come un «valore soggettivo *presunto*»[604]. Non stupisce dunque che una dottrina risalente potesse definire beni «socialmente considerati» i beni valutati secondo il prezzo di mercato[605], sottintendendo una logica recentemente affermata da chi ha posto in relazione il concetto di

[596] Così Barcellona, *Trattato della responsabilità civile,* cit., 862. Corsivo in originale.
[597] Shupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, cit., 30.
[598] Così, Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 164, che si riferisce alla nota tesi di Calabresi (*Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., passim) che vede nella responsabilità lo strumento con cui giungere all'efficiente punto d'equilibrio tra costi di precauzione e costi del danno, laddove il sotteso di tale funzione è che il costo del danno sia in qualche modo pre-determinabile, poiché solo così può *ex ante* determinarsi il punto efficiente dei costi di precauzione. Cfr. sul punto anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821 nota 56 e 829 dove si legge che la regola di responsabilità «esige la calcolabilità previa del costo del danno». Cfr. sopra capitolo 1, paragrafo 4.1.
[599] Parla di «astrattezza dei valori» come risultato del mercato, di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 168.
[600] Così R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 12. Corsivo nostro.
[601] Gioja*, Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento e relative basi di stima avanti ai tribunali civili*, cit., 125. ed è significativo che tale valore venga contrapposto al valore d'uso, o meglio, per usare le parole di Gioia, quel valore «particolare […] utile ad un solo individuo».
[602] Definisce "stereotipata" la valutazione del danno coincidente con la stima del bene leso Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 247.
[603] Poiché: se il valore di mercato di un bene non è che l'incontro astratto tra domanda e offerta, laddove questo abbia, in un contratto, assunto la dimensione d'incontro concreto, per la logica che il dato più preciso annichilisce la portata dimostrativa di quello meno preciso, del valore di mercato di un bene non dovrebbe – nella maggior parte dei casi – discorrersi all'interno della determinazione del danno contrattuale.
[604] Giusiana, *Il concetto di danno giuridico*, cit., 118.
[605] Ferrini, *Danni (azione di)*, cit., 82.

patrimonialità con «l'immaginazione sociale»[606] e da quanto esposto appare un'indicazione della dinamica fattuale che permette al lucro cessante di evidenziarsi come danno risarcibile: il lucro cessante diviene risarcibile solo nel momento in cui l'utilità del bene, che nel lucro si identifica, è un'utilità non compresa nell'utilità media che una data comunità trae dal bene e supera perciò la presunzione d'utilità standardizzata nel prezzo. E qui torna utile richiamare l'esempio del cavallo la cui possibilità di vittoria nelle competizioni (e contestuale guadagno) viene introiettato nel valore di mercato del cavallo stesso, poiché, possiamo ora argomentare, quest'utilità è un'utilità condivisa, non nel senso che tutti con un cavallo da corsa saprebbero poi che farci, ma nel senso che è condivisa l'opinione che il valore d'un cavallo da corsa è posto in rapporto all'effettiva potenzialità di vittoria del cavallo stesso. La differenza è palese con l'ulteriore esempio già formulato del vaso prezioso. Su dieci persone, nove tengono il vaso prezioso in salotto, una, armata di spirito imprenditoriale, il vaso prezioso lo porta lucrosamente a varie esposizioni, in questo caso, e al contrario del cavallo, il valore d'uso/lucro non viene introiettato nel valore di scambio, poiché tale uso non viene riconosciuto come generalizzabile e pertanto, qui, la rottura del vaso fa emergere la compromissione, accanto al valore comune del bene, anche del valore singolo che dal bene il soggetto traeva. In un mondo capovolto in cui nove su dieci il vaso l'affittano ed uno lo tiene in salotto, la situazione di quest'ultimo sarebbe equiparabile a quella di chi ha un grande cavallo da corsa, ma preferisce accarezzarlo piuttosto che farlo correre.

Riformuliamo i punti nevralgici di quanto finora emerso: 1) il lucro che da un bene può trarsi è un valore d'uso di tale bene, 2) generalmente il valore d'uso diviene il valore di mercato del bene, 3) quando ciò non avviene è perche il singolo valore d'uso non viene condiviso in egual modo all'interno di una comunità, e pertanto non è generalizzabile. Aggiungeremo ora il punto 4): esistono varie misure di distanza dalla generalizzazione e l'equità nel risarcimento del lucro cessante determina la rilevanza giuridica della diversa distanza.

Ciò che si vuole introdurre con questo punto 4) è il concetto di valore d'uso socialmente *riconosciuto* che si differenzia dal concetto di valore d'uso socialmente *condiviso*, che poi è il prezzo, ma che si differenzia anche da un valore d'uso socialmente *non riconosciuto*, ossia un valore d'uso talmente singolo da apparire singolare agli occhi

[606] Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 861 che evidenziando come «la patrimonialità implementa nell'ambito conservativo» nota come questo «rimette la rilevanza aquiliana dei pregiudizi alla concepibilità sociale della loro conversione in equivalente monetario».

della comunità[607], inevitabilmente «fuori del mainstream, dei valori maggioritari, degli stereotipi sociali che attraverso il sistema della responsabilità civile filtrano nel mondo del diritto»[608] in una dinamica da altri descritta come la "determinazione sociale" delle possibilità incorporate nel valore d'uso[609]. Quest'ultimo valore d'uso non è risarcito[610], quello che ora l'ha preceduto è risarcito come danno emergente ed il primo – il valore d'uso socialmente riconosciuto – è risarcito sì, ma solo in proporzione al suo riconoscimento: e questo è il giudizio equitativo del lucro cessante extracontrattuale, che potrà comunque, è bene sottolineare, portare al pieno risarcimento del lucro, come avviene, di certo, ad esempio, con il lucro cessante da perdita di capacità lavorativa (specifica), conseguente ad un danno biologico, poiché non c'è niente di più accettato socialmente – nonostante quanto a suo tempo sostenesse Baudelaire[611] – che l'uomo possa servire a creare utilità, specificatamente economiche[612].

Sarebbe difficile a questo punto formulare esempi concreti in cui il valore d'uso riconosciuto va a graduarsi sull'entità del riconoscimento, la casistica giurisprudenziale non può essere utile sul punto ancorata, com'è ancorata, sull'indecisione tra l'ignorare il 2056 secondo comma, ed il prenderlo in considerazione, ma al solo fine di moderare un "danno incerto". Può poi introdursi il sospetto che l'attuale fase del capitalismo speculativo rende forse anacronistico tentare di configurare un lucro che non trovi per così dire in *re-ipsa* il suo massimo riconoscimento sociale[613], ma è bene anche

---

[607] Riteniamo di scorgere un argomento analogo in Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 106 che a proposito del danno patrimoniale introduce il concetto di «interesse socialmente ed economicamente tipico» e poi scrive che «il carattere patrimoniale (e dunque la risarcibilità, ma anche la misura) del danno discende non dall'accertamento contabile di un saldo negativo nello 'stato patrimoniale' della vittima; ma dall'idoneità del fatto lesivo, secondo una valutazione sociale tipica, a determinare in concreto una diminuzione dei valori e delle utilità economiche di cui il danneggiato può disporre».

[608] Il virgolettato è di Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 130 e riprende uno spunto presente in Gambaro, *L'analisi economica e la ricerca della logica proprietaria*, cit., 242 ss.

[609] Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 507.

[610] «se è naturale ed indispensabile che le corti tendano ad ancorare i propri giudizi a valori e modelli sociali condivisi, è altrettanto evidente come questo possa pregiudicare coloro che non si identificano completamente in quei valori. Un esisto che può essere considerato, a ragione, un prezzo necessario da pagare per assicurare il funzionamento del meccanismo», così G. Marini, *La responsabilità civile*, Gli anni settanta del diritto privato, A cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 296.

[611] «essere un uomo utile mi è sempre sembrata una cosa squallida», C. Baudelaire, *Il mio cuore messo a nudo*, Ultimi scritti, trad. it., Milano, 1995, 72.

[612] L'argomento proposto si riflette in Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 282: «a me sembra che, al di là e al di sopra delle funzioni assunte dalla responsabilità civile, la valutazione concreta dei danni risarcibili da parte delle corti resti comunque inevitabilmente segnata dalle recezioni a livello di sistema giuridico di modelli sociali dominanti, che la tutela risarcitoria contribuisce a rafforzare secondo un meccanismo per cui il diritto riflette ed esprime una concezione culturalmente e socialmente condivisa dei valori ed allo stesso tempo influenza e consolida quella concezione o contribuisce a crearne di nuove».

[613] D'altronde – può ancora argomentarsi – limitare il risarcimento del lucro cessante a quello che può considerarsi un lucro socialmente standardizzato, avrebbe come significato indiretto quello di punire

considerare che dietro a l' *id quod plerum accidit* con cui si è soliti valutare la quantità del lucro cessante, ben può celarsi un giudizio di "normalità" che altro non è che il riconoscimento sociale del lucro stesso[614].

La via più facile da intraprendere, però, per dimostrare ancora quanto fin qui sostenuto, è quella di cercare riscontri sistematici "esterni" alla conclusione proposta – cosa che permette tra l'altro di evidenziare come il risultato raggiunto è una linea direttrice generale del sistema di responsabilità – ed il naturale banco di prova è laddove la dicotomia valore di scambio/valore d'uso struttura parte delle argomentazioni interpretative di una fattispecie: il risarcimento in forma specifica *ex* art. 2058. Prima però ricordiamo le due domande che nascono dal secondo comma del 2056: perché il danno emergente extracontrattuale ha una disciplina differente rispetto al lucro cessante? e perche il lucro cessante extracontrattuale ha una disciplina differente rispetto al lucro cessante contrattuale? La tesi che ora si sta sviluppando permette – a suo modo, e nei limiti della sua attendibilità – di rispondere ad entrambe le domande, poiché tentare di strutturare una peculiare posizione dell'ordinamento sulla risarcibilità del valore d'uso distanzia la struttura del danno emergente dalla struttura del lucro cessante ed al contempo, distanzia il danno contrattuale da quello extracontrattuale. Di quest'ultimo punto ci occuperemo ora.

3.5.4. …e del perché la questione non si pone col danno contrattuale.

Nel danno contrattuale non è possibile distinguere un danno singolo da un danno comune, esiste solo il danno "traduzione" del contratto, che in un certo senso è singolo poiché strutturato sull'interesse del creditore ed in un certo senso è comune poiché la controparte deve condividere lo scopo di quest'ultimo, da ciò deriva il «giudizio individualizzato circa le perdita subite dal singolo creditore»[615] in cui si sostanzia il risarcimento del danno contrattuale[616]. Suggestivamente potremo dire che il danno

---

l'imprenditorialità più efficiente, ossia quella che si pone al di sopra di una non meglio precisabile linea di guadagno riconosciuta: non proprio lo spirito del nostro tempo.

[614] Si evidenza in tal modo ancora una volta lo stretto legame, o interscambiabilità d'argomento, tra quantificazione del danno e nesso di causalità, da noi sciolta a favore dell'esclusione dal discorso, nei limiti del possibile, del collegamento causale. Cfr. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., passim.

[615] Così, Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 48.

[616] Questione che spesso può trovarsi posta dall'angolo visuale causale come ad esempio avviene in Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 663 secondo il quale il mancato rinvio del 2056

contrattuale è – a priori – un danno comune, ma comune solo alle parti del contratto che in sé possono considerarsi una comunità in scala minima. Tizio nota al polso di Caio l'orologio appartenuto al nonno e gli offre il valore di mercato dell'orologio per comprarlo. Caio rifiuta, perché quell'orologio gli piace più di quanto gli piacciono le alternative reperibili sul mercato allo stesso prezzo. Tizio triplica l'offerta, Caio accetta. Tizio e Caio si sono accordati su un valore di scambio che non è il prezzo di mercato[617], e che potrebbe non corrispondere neanche al valore d'uso che entrambi danno al bene: forse Tizio in caso di ostinato rifiuto avrebbe continuato ad offrire di più, palesando che la quantificazione del suo valore d'uso nel triplo del valore di scambio è mendace al ribasso, forse Caio ha solo intravisto la possibilità di lucrare dal *surplus* di valore che Tizio assegna al bene, e dunque la quantificazione del suo valore d'uso nel triplo del valore di scambio è mendace al rialzo. Il valore del bene contrattuale è dunque, in questo quadro, un valore d'uso "dialettizzato" che rende irrilevanti le categorie di danno singolo e danno comune[618]; certo accordo sul prezzo non significa accordo sulla quantificazione del danno[619], altrimenti ben poco senso avrebbe un istituto come la clausola penale, ma abbiamo visto[620] come la funzione economica dello scambio – tramite la regola di conversione *ex* 1225 – diviene la funzione giuridica del risarcimento e proprio questa trasformazione può descriversi come una conversione dell' "interesse singolo" in "interesse contrattuale"[621] – «sicché la responsabilità si caratterizza come

---

al 1225 comporta che in ambito aquiliano «almeno in astratto, manca un criterio selettivo dei danni risarcibili ulteriore rispetto al nesso di derivazione eziologica, sapientemente ricostruito però in termini tali da scongiurare derive sanzionatorie del sistema di responsabilità extracontrattuale; mentre, in sede di responsabilità per inadempimento, un tale filtro è previsto poiché l'obbligazione risarcitoria mira a soddisfare l'interesse primario del creditore» ed esclude tutto ciò che, se pur collegato eziologicamente, non si configura come «vanificazion[e] di valori insiti nell'aspettativa del creditore, anche solo nella forma del lucro cessante, o comunque ad essa correlati». Concordando su quest'ultimo punto segnaliamo incidentalmente un limite del discorso eziologico perfettamente enucleabile in quel «sapientemente ricostruito però in termini tali da scongiurare derive sanzionatorie» appena citato, che palesa l'astrazione, e non potrebbe essere altrimenti, d'un contenimento del danno risarcibile su parametri causali, astrazione probabilmente necessaria e sufficiente per giustificare l'approccio, che qui si è ritenuto più fruttuoso, incentrato sul valore.

[617] Qualcosa di analogo – fatte le dovute premesse del quadro generale differente e del riportarsi un frammento collocato nella descrizione del danneggiamento doloso – viene preso in considerazione da Gabba, *Nuove quistioni di diritto civile*, cit., 179 secondo il quale può «il prezzo di affezione diventare prezzo reale e di mercato anch'esso, ove appena si trovi chi abbia un interesse alla cosa per lo meno uguale a quello di chi ne è proprietario».

[618] Parla di «socializzazione del valore d'uso dei beni» Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 506 che spiega così la definizione: «ogni relazione intersoggettiva diventa il punto di localizzazione di un valore d'uso».

[619] «le valeur d'échange, si elle ne nous permet pas de recouver la prestation sur le marché, ne correspond pas à la mesure de dommage», così R. Sacco, *Le contrat inexecuté. Conference introductive*, Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 12.

[620] Capitolo 2, paragrafo 1 ss.

[621] Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 888 che rileva come la prevedibilità *ex* 1225 «è intesa a circoscrivere il danno da risarcire entro il cerchio economico segnato dal valore d'uso che la prestazione dovuta presenta per la sua oggettiva qualità o per la particolare destinazione economica in

evoluzione del rapporto obbligatorio»[622] – e qui si coglie la differenza tra danno contrattuale e danno extracontrattuale[623] poiché «rispetto allo scambio consensuale, il 'corrispettivo' determinato *ex post* dalla *liability rule* non riflette la duplice componente del valore della risorsa: quella soggettiva e quella espressa dal mercato»[624]. Possiamo inoltre qui aggiungere – e così facendo completiamo la traduzione nel lessico del valore agli argomenti sostenuti con altre parole nel capitolo precedente – che l'acquisto del valore d'uso è ciò che spinge una parte a contrarre, e tutelare questo valore d'uso significa tutelare la spinta individuale allo scambio di beni e servizi[625] e, di conseguenza, incrementare i traffici giuridici, chiaramente nei limiti in cui una sovratutela del creditore – che si estrinsecherebbe in costi non predeterminabili astrattamente dal debitore – non inducesse quest'ultimo a priori ad astenersi dallo scambio[626], ed in questo senso ribadiamo che il danno contrattuale non è né il semplice valore di scambio, né il semplice valore d'uso.

Abbiamo tutti gli elementi ora per poter sostenere, dunque, che il 2056 secondo comma fa da *pendant* al 1225[627], poiché se è vero che grazie al 1225 non esistono valori d'uso

---

vista della quale è stata dedotta in contratto». Significativo ci sembra poi quanto descritto da Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 164, la quale dopo aver riferito del noto "scorcio sulla cattedrale" di Calabresi e Melamed ed in particolare dopo aver descritto la *liability rule* come «mirata a sostituire quelli che Calabresi chiama gli 'accordi impossibili'», scrive: «a differenza dell'accordo contrattuale, però, la regola di responsabilità non consente al titolare di negoziare il corrispettivo dello scambio; il danno gli verrà risarcito in una misura che può divergere, anche sensibilmente, da quanto egli avrebbe ottenuto se avesse contrattato liberamente la cessione del bene: la *liability rule* comporta, infatti, nella metafora calabresiana, una decisione collettiva circa l'ammontare del danno».

[622] Il virgolettato è preso, decontestualizzato, da Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 806 che a sua volta si richiama a Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, cit., 88, ciò preso in considerazione nel precedente capitolo.

[623] Cfr. Grisi, *Il principio di integrale riparazione del danno*, cit., 175-176.

[624] Così, Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 169. Enfasi omessa. Il frammento prosegue poi (169-170) evidenziando come «il valore d'affezione del bene, ciò che comunque sarebbe contemplato nella fissazione del prezzo in uno scambio volontario e che è parte del valore *reale* del bene, viene sistematicamente ignorato in favore del prezzo di mercato, individuato all'intersezione della curva della domanda e dell'offerta ed assunto come unico valore *obbiettivo*».

[625] Ripetiamo che «si può dire che la disciplina del risarcimento costituisce sostanzialmente la principale garanzia giuridica di un' economia di mercato», come scrive Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 2. Cfr. anche Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 176 spec. nota 29 dove si descrive il principio di integrale riparazione del danno contrattuale come il presidio della forza vincolante del rapporto.

[626] V. le – già riportate nel capitolo precedente – parole del commissario Tumedei che si spese in sede di commissione delle assemblee legislative per la reintroduzione del criterio della prevedibilità del danno poiché «è di stimolo alla loro conclusione [dei contratti] e quindi opportuna nella pratica degli affari» Atti della commissione delle assemblee legislative, libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: "della tutela dei diritti", cit., 50. Cfr. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, cit., 512 ss. per ulteriore bibliografia si rinvia al capitolo 2, paragrafo 1.

[627] Ripetiamo che spunti in tal senso sono rinvenibili in Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., 72, secondo il quale «l'obbligazione risarcitoria nascente da inadempimento conterrà l'intero lucro cessante che è derivato al creditore in quanto prevedibile all'epoca del sorgere dell'obbligazione e, quindi, espressamente assunto a proprio carico dal debitore; non vi sarebbe, in quel

singoli, è altrettanto vero che in assenza del 1225 tali valori esistono e – in qualche modo – devono essere presi in considerazione[628].

Una prova "storica" di quanto adesso sostenuto può rintracciarsi nel già visto passaggio dei lavori preparatori del codice del '42[629] e quanto ne seguì, che riepiloghiamo così: 1) nel testo sottoposto alle assemblee legislative, all'articolo 19, il lucro cessante non era distinto in lucro cessante contrattuale ed extracontrattuale, entrambi venivano risarciti in maniera equitativa; 2) nel testo sottoposto alle assemblee legislative non vi era traccia della prevedibilità che sarebbe poi divenuto l'art. 1225; 3) quell'assemblea reintrodusse la prevedibilità come criterio di estensione/delimitazione del danno contrattuale[630]; 4) nel testo definivo del codice scopare l'equità per il lucro cessante contrattuale che resta solo per il lucro cessante extracontrattuale.

Tra il punto 3) e il punto 4) vi è un buco nelle fonti (storiche), buco che abbiamo già ricollegato ai c.d. protocolli inediti del codice civile[631], colmiamo il buco in maniera deduttiva: introdotto il criterio della prevedibilità (che poi prevedibilità non è[632]) non vi era più la necessità di moderare il risarcimento del lucro cessante in ambito contrattuale. La moderazione nel risarcimento del lucro cessante era d'altronde motivata – lo abbiamo già visto più volte – dalla constatazione che «la pratica ha dato luogo non di rado ad esagerazioni, che il giudice fino ad oggi non ha potuto evitare»[633], l'introduzione del 1225 dissolve il timore insito nella constatazione per quanto attiene al contratto e consegna all'interprete tre tipi di danno: esiste il danno comune/prezzo di mercato, esiste il danno singolo/valore d'uso extramercato ed esiste un terzo tipo di danno, il danno contrattuale che non è sovrapponibile alle due categorie appena menzionate. Ci preme sottolineare solo come le tre categorie così individuate, non sarebbero potute emergere se avessimo, come si è soliti fare, impostato il discorso dal

---

caso, alcuna ragione per attribuire al giudice un potere limitativo ulteriore rispetto a quello della prevedibilità».

[628] Siamo pertanto in disaccordo con il già citato A. De cupis, *Il danno*, cit., 521, nota 7, secondo il quale il 2056 secondo comma è norma «stabilita a proposito della responsabilità extracontrattuale; ma non v'è alcun motivo per escludere l'estensione della sua applicazione alla responsabilità contrattuale».

[629] V. sopra, paragrafo 1.

[630] Atti della commissione delle assemblee legislative, libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: "della tutela dei diritti", cit., 50.

[631] Cfr. F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., 612.

[632] V. capitolo 2, paragrafo 1.1.

[633] Codice civile, libro delle obbligazioni, Relazione del Guardasigilli alla parte prima del progetto ministeriale, cit., 16. Il frammento, come già riportato nel primo paragrafo del presente capitolo, riconduceva le esagerazione all'incertezza del lucro cessante e riteneva che il rischio di tali esagerazioni fosse comune alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Su quest'ultimo punto è bene però segnalare che, come si è visto, l'attuale art. 1225, fu inserito dall'assemblea legislativa che ebbe successivamente ad occuparsi della materia e pertanto, come a breve sarà ripetuto nel testo, in ambito contrattuale tali esagerazioni trovarono un ottimo argine nel 1225.

punto di vista della causalità e, premessa l'utilità della tripartizione ora compiuta, conveniamo perciò con quella dottrina secondo cui «la rappresentazione causale è in realtà una di quelle operazioni che appartengono al linguaggio indiretto, nel senso che si attribuisce come risultato dell'applicazione del principio ciò che invece la ragione includente ed escludente rivela essere la conseguenza di una relazione diversa. Questa diversa realtà è rappresentata dalla "finitizzazione" rigida dei confini tra razionalità dello scambio, collegata ai valori di scambio, e razionalità del *neminem laedere*, collegata ai valori d'uso»[634].

3.5.5. Spunti per una ricostruzione unitaria del risarcimento del valore d'uso tra lucro cessante e risarcimento in forma specifica.

Il lucro cessante è la perdita di *un* valore d'uso, il risarcimento in forma specifica è il ripristino dell'insieme delle utilità che il soggetto trae da un bene, ossia l'insieme di *tutti* valori d'uso[635] poiché questo, presentandosi come reintegrazione reale, si disinteressa della «dimensione essenzialmente contabile»[636] della differenza patrimoniale negativa per il danneggiato e si candida a strumento astrattamente idoneo alla piena tutela della proprietà indipendentemente dal suo valore di scambio[637]: «nei segni del tempo, si

[634] Così Messinetti, *Danno giuridico*, cit., 497.

[635] Cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 264 secondo il quale con la riparazione in natura del danno «si intende in primo luogo soddisfare l'interesse alla integrità della sfera giuridica del danneggiato, ossia un interesse specifico che si rivolge non a valori patrimoniali generici ma a valori d'uso» (corsivi omessi); Id., Profili della responsabilità civile, cit., 37. V., anche D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., passim, spec. 189 e 192; Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 216 ss. e Id., *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 594; Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 263; Id., *Il problema dei debiti di valore*, cit., 194. In senso critico, ma riportando una puntuale descrizione del tema, Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 796 ss. Ricordando il già evidenziato nesso che lega – nel significato qui adottato – il concetto di valore d'uso con la visuale soggettiva nella determinazione del danno segnaliamo che secondo Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 169, il risarcimento in forma specifica conduce «ad una riparazione del danno che non è affidata ad una quantificazione fondata su criteri astratti, autoritativamente imposti, a suggello di un trasferimento di risorse valutato e reso legittimo ex post, ma in base ad una valutazione più prossima a quella soggettiva del titolare del diritto». Occorre però segnalare, come d'altronde era già stato fatto, che la stessa Marella (Ibidem, 294) sostiene che «le utilità d'uso inerenti al bene sono ovviamente tenute in considerazione nello stesso valore di mercato del bene», ma così facendo – avevamo già evidenziato – non sembra tenere in considerazione che, ad esempio, il lucro cessante risarcibile non è nient'altro che un valore d'uso che non diviene valore di mercato del bene.

[636] Il frammento, già citato più volte, è di Nivarra, *I rimedi specifici, le tutele contrattuali e il diritto europeo*, cit., 343.

[637] Cfr. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 164 e spec. 170-171 e Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 173 dove il risarcimento in forma specifica viene descritto come «un criterio o, meglio la fonte di criteri di quantificazione del danno alternativi al valore differenziale di mercato, su cui si fonda la tutela per equivalente» la stessa Marella (Ibidem, 261), ribadisce il concetto evidenziando

potrebbe dire, il nostro legislatore ha colto l'esigenza di non chiudere il risarcimento entro il cerchio dell'equivalenza pecuniaria»[638].

Il già incontrato collezionista di gusci di lumache[639], che ben poco avrebbe a giovarsi di un risarcimento per equivalente, sembrerebbe così poter rivendicare[640], in qualche modo, il suo diritto di proprietà nei confronti del danneggiante, ed ottenere da questo la medesima utilità andata persa[641]. Sembrerebbe. In realtà la questione viene drammaticamente complicata da uno degli aspetti più controversi della disciplina in discorso: «il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore», così, come noto, dispone il secondo comma del 2058. Eccessivamente oneroso rispetto a

---

come con il risarcimento in forma specifica introduce nella tutela risarcitoria «poste di danno altrimenti non contemplate perché non immediatamente rispondenti alla perdita di valore (di scambio) del bene e che in prima approssimazione risultano prossime alla stima ideosincratica che il danneggiato rende del danno subìto» ed a riprova dell'assunto l'autrice continua scrivendo che «quando il costo delle riparazioni dovuto a titolo di reintegrazione in forma specifica supera il valore di mercato del bene, la regola di tutela si traduce nell'addossare sul danneggiante, insieme al rischio di un ripristino 'costoso', proprio il valore di affezione del bene», valore d'affezione che – aggiungiamo qui – è un valore d'uso del bene. Cfr. anche Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, cit., 264 secondo cui, nel quadro del risarcimento in forma specifica, «è naturale che l'aspetto patrimoniale, il valore di mercato del bene, sia subordinato all'aspetto reale, il valore d'uso del bene, oggetto della reintegrazione». Per una puntuale ricostruzione dell'istituto si rinvia al recente Montanari, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, cit., 149 ss.

[638] Così, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 803. Non è dunque un caso che, in quelli che furono i paesi socialisti, contraddistinti da un'economia pianificata poggiata sul ridimensionamento del valore di scambio a favore di una riemersione del valore d'uso (parla di «utilizzazione del gettito fiscale per distribuire fuori-mercato valori d'uso» Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 919), pur vagliato dal filtro formale dell'interesse collettivo al loro riconoscimento – cosa che avvicina questo valore d'uso collettivo al valore di scambio dell'economia capitalistica con l'importante differenza che il primo è determinato in maniera accentrata "dall'alto", mentre il secondo viene determinato in maniera diffusa "dal basso" – il risarcimento in forma specifica fosse il "principio generale". Cfr. Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 576 che in modo condivisibile argomenta poi: «la prassi non tarda però a mostrare il carattere ideologico della scelta della riparazione in natura come principio generale: nella gran parte dei casi essa non è possibile, e, se possibile, non interessa al creditore». cfr. anche Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, cit., 530-531 secondo il quale nel (fu) sistema sovietico la preferenza per la tutela specifica è dovuta alla «cronica carenza di sostituti, ma anche per la difficoltà di computazione dei danni in assenza di indicazioni di mercato».

[639] Gambaro, *L'analisi economica la ricerca della logica proprietaria*, cit., 242.

[640] Per i rapporti tra risarcimento in forma specifica e tutela restitutoria v. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 92 ss. e 264 ss.; D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 43 ss.; Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 93 ss.; Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 249; Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 913 ss. v. Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 790 ss.

[641] Cfr. Marella, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, cit., 635 secondo la quale il risarcimento in forma specifica «garantisce la riespansione dell'arbitrio proprietario, cioè dei gusti personali del titolare al di fuori di ogni "selezione" da parte del diritto, con ciò perdendosi quella funzione di controllo sull'uso dei beni che il sistema normalmente assegna alla responsabilità civile» ed all'estremo opposto si colloca Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 836 laddove scrive di «manie ossessive di reintegrazione in forma specifica [con] l'illusione di riadeguare completamente il fatto al diritto». In riferimento alla c.d. effettività della tutela, perorata dai sostenitori del 2058 come norma generale, Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 795, nota 72 scrive di una «formula che, per quanto suggestiva, risulta, in definitiva, soltanto l'espressione di auspici "ideologici" e quindi soggettivi, frutto di istanze vagamente equitative».

cosa? Viene subito da chiedersi, e la risposta non sembra poter essere differente da: rispetto al risarcimento per equivalente[642] e, dunque, il povero proprietario della collezione di gusci di lumache torna a non essere tutelato aquilianamente[643].

È bene sottolineare incidentalmente che questo "giudizio di eccessiva onerosità" è il maggior indice sistematico del disinteresse della responsabilità extracontrattuale per i valori d'uso[644], poiché se questi venissero effettivamente presi in considerazione nel risarcimento per equivalente, sarebbe difficile configurare una differenza tra questo e il risarcimento in forma specifica, perlomeno laddove quest'ultimo prende le sembianze di costi di riparazione maggiori del valore di mercato del bene[645]. Stiamo parlando delle cosiddette "riparazioni antieconomiche"[646], macrocategoria cui può essere ricondotta anche l'annosa questione del risarcire "il nuovo per il vecchio"[647]: laddove il vecchio

---

[642] Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 594: «la sproporzione ingiustificata può essere invero affermata solo con riferimento a quanto il responsabile è tenuto a pagare». V. anche, De Cupis, *Il danno*, cit., 313 ss.; Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 648; Ferri Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 797.

[643] Per ulteriori argomenti sul fatto che il 2058 presuppone la rilevanza economica del danno subito dalla vittima cfr. Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 583.

[644] Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 921.

[645] Che il risarcimento in forma specifica trovi la sua massima rappresentazione nei costi di riparazione è una considerazione diffusa in dottrina, v. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 35. È bene comunque tenere in doverosa considerazione gli argomenti di Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 928 ss., volti a sottolineare come, nella gran maggioranza dei casi, il deprezzamento d'un bene a seguito d'un danneggiamento equivale al costo della sua riparazione, e ciò tende a sfumare il concetto di risarcimento in forma specifica con il suo omologo per equivalente.

[646] Il già più volte citato studio di Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., passim, è ispirato da tale problematica. Sul punto si vedano anche gli argomenti di D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 188 ss., che in più passaggi prendono in considerazione lo studio di Ferri Jr., prevalentemente per discostarsene poiché per D'Adda, al contrario di quanto sostiene Ferri Jr., il risarcimento aquiliano non è strutturato sul valore di scambio del bene leso. v. anche sul tema delle riparazioni anti economiche A. Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992, 186; Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 178 ss.

[647] Risarcimento espressamente ammissibile per Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 216 ss. e Id., *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 594, risarcimento espressamente non ammissibile per Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., spec. 827 ss. che argomenta (Ibidem, 828-829): «la riparazione in natura esigerebbe la sostituzione di tutto quanto danneggiato con ricambi di pari natura e grado di usura, per il rispetto dell'equivalenza tra danno e risarcimento. Poiché ciò il più delle volte non è possibile, si provvede con pezzi nuovi, che evidentemente costano più di quelli danneggiati. Tale costo, però, non può superare il valore che la cosa tutta ha al momento della lesione. Infatti, poiché il risarcendo avrebbe diritto alla sostituzione di essa nel caso di impossibilità di sostituzione delle singole parti danneggiate con altre funzionanti, il costo di sostituzione dell'intero rappresenta il valore oltre il quale non si potrà andare quando, in alternativa alla sostituzione integrale, si provveda con quella parziale che però rinnova la cosa». Questa dinamica, che ci sembra prendere le mosse dalla specifica questione delle riparazioni dei danni agli autoveicoli (per la quale rinviamo anche a Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 653 ss.), sottintende, ci pare, comunque, un ambito d'applicazione della risarcibilità del nuovo per il vecchio: laddove il paraurti, di certo usato, magari già leggermente abbozzato, viene definitivamente messo fuori uso da un altro incauto automobilista, il danneggiato ha diritto a ricevere il paraurti nuovo in cambio del vecchio, purché ciò non ecceda il valore, non di listino ma effettivo, della macchina. La vera differenza tra l'automobile e il paraurti – specifichiamo qui – è l'esistenza di un mercato dell'usato strutturato per le autovetture, laddove lo stesso mercato non esiste per i pezzi di ricambio: logico corollario è che se non esistesse un particolareggiato mercato dell'usato per le autovetture (idoneo a fornire una stima precisa di quell'automobile, immatricolata in quell'anno, con quei

non è reperibile sul mercato, ossia laddove non esiste un mercato dell'usato[648], risarcire il valore d'uso significa mettere il danneggiato in condizione di comprare lo stesso bene perso, stesso bene però non usato, e perciò intuitivamente con un valore superiore rispetto al bene perso[649].

Da questo giudizio di eccessiva onerosità si struttura – dunque – la massima critica alla dottrina, già presa in considerazione, che parametra il risarcimento al valore

chilometri alle spalle), anche per queste dovrebbe ammettersi la risarcibilità del nuovo per il vecchio, e di converso, laddove esistesse questo mercato particolareggiato per i pezzi di ricambio usati, anche qui non potrebbe ammettersi il risarcimento del nuovo per il vecchio. Se quanto affermato appare credibile è evidente che l'oggetto del risarcimento (indipendentemente dall'art. 2058) non è il valore di scambio, ma il valore d'uso, poiché solo prendendo a parametro quest'ultimo è lecito giustificare l'arricchimento di chi riceve un paraurti nuovo in cambio di quello usato, ma la conclusione ora formulata sembra in netto contrasto con quanto afferma lo stesso Castronovo (Ibidem, 827) secondo cui «ritenere che la reintegrazione in forma specifica […] consenta [di risarcire il nuovo per il vecchio], significa dover ammettere che un'intera vettura usata che sia distrutta in un incidente debba essere sostituita con una nuova a spese del danneggiante. E a tale conclusione nessuno si sentirebbe di giungere», ma tale ritrosia nel raggiungimento di questa conclusione – aggiungiamo qui – non è ontologicamente connessa alla funzione della responsabilità civile, come sembra da Castronovo, ma è scoraggiata dall'esistenza, come detto, d'un mercato sviluppato delle automobili usate che fa combaciare il valore d'uso dell'automobile (usata) con il suo valore di scambio (deprezzato rispetto al suo omologo riferito ad un'automobile nuova). Se questo è vero, e premesso che solo le automobili hanno un mercato dell'usato finemente strutturato, giocoforza dovrà ammettersi che il risarcire il nuovo per il vecchio, è regola generale, che solo occasionalmente viene smentita, e sempre e solo nel caso in cui un valore d'uso risulti comunque ricostruito. Il rapporto tra inefficienze o "anomalie" del mercato e risarcimento in forma specifica è preso in considerazione da Barcellona, *Sul risarcimento in forma specifica*, cit., 650 ss. (le cui argomentazione sono riprese in Id., *Trattato della responsabilità civile*, cit., 933 ss.) – che introduce il tema scrivendo un condivisibile: «questo punto è importante e va chiarito attentamente» – del quale però non possiamo condividere la premessa: «in un mercato efficiente e dispiegato non sembra neanche possibile ipotizzare un'oggettiva maggior onerosità del R.F.S. rispetto al risarcimento per equivalente» (in senso analogo v. Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 761, il quale poi (Ibidem, 811) ridimensiona il ruolo delle inefficienze del mercato nell'applicazione del 2058 preferendo invece ricondurre la questione alla "razionalità economica"). Se Barcellona ritiene ciò per via della premessa implicita nel frammento che il risarcimento trova un suo limite intrinseco nel valore di mercato del bene, laddove invece qui si è diffusamente argomentato, e si argomenterà ancora, in senso contrario. Più specificatamente non riteniamo che «se il mercato è in grado di offrire tutti i possibili valori d'uso […] a corrispondenti valori di scambio, la perdita di valore, che qualsiasi bene possa subire a seguito del suo danneggiamento, inevitabilmente tenderà ad uniformarsi al costo del suo ripristino», e non lo riteniamo, semplicemente, perché diamo per scontato che il mercato non può ricostruire tutti i valori d'uso, come è evidente solo a voler considerare che il prezzo d'affezione d'un bene, che è un valore d'uso, in caso di distruzione del bene stesso, non sarà mai reperibile sul mercato, il mercato ha perciò un intrinseco limite nella ricostruzione dei valori d'uso, limite che d'altronde – da solo – giustifica anche il concetto di valore d'uso, che ha senso soprattutto se definito come un valore che non viene introiettato o che non può essere introiettabile nel valore di scambio (ossia quello che generalmente viene chiamato danno singolare/individuale). È lo stesso Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 920, a scrivere che «la logica della conversione dei valori d'uso distrutti nell'equivalente loro valore di scambio è solidale con l'idea che ogni bisogno individuale possa trovare soddisfazione nel mercato e che ogni *utilitas* possa assumere la forma di merce», eppure laddove oggettivamente il valore d'uso eccede il valore di scambio, ed è il caso del bene (usato) distrutto di cui non esiste un mercato dell'usato Barcellona (Ibidem, 936) scrive: «ma il principio di integralità del risarcimento è, evidentemente, posto a garanzia innanzitutto del danneggiato, quando, perciò, *eccezionalmente* si dia una divaricazione del valore d'uso dal valore di scambio, tale principio deve far ritenere che tra i due prevalga quello che in fatto si presenta maggiore».

[648] Cfr. Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 762.

[649] Cosa che può far nascere l'astratta operatività del principio della *compensatio lucri cum danno*, che si risolverebbe in ultima istanza nella quantificazione del danno parametrata al "vecchio" e perciò insensibile al valore del "nuovo", poiché il sovraprezzo di quest'ultimo sarebbe proprio il lucro che cadrà in compensazione.

soggettivamente considerato del danneggiato[650] poiché solo premettendo che il risarcimento per equivalente si disinteressa al "danno soggettivo", si disinteressa dei valori d'uso, può avere senso introdurre un giudizio di eccessiva onerosità che ben può essere descritto come l'eccessiva onerosità del risarcimento di valori d'uso in contrapposizione ai valori di scambio[651] e l'ultimo tassello del ragionamento consiste nel constatare che «è sulla base del risarcimento per equivalente […] che va ricostruito, strutturalmente e funzionalmente, il modello di danno proprio del sistema del codice»[652]. In altre parole, dal quadro così descritto, emerge come il risarcimento in forma specifica è il risarcimento del valore d'uso di un bene, eppure tramite quel giudizio di eccessiva onerosità che permette al giudice di negare il risarcimento in forma specifica a favore del risarcimento per equivalente è ben argomentabile – non solo e non tanto un principio di preferenza nei confronti del risarcimento per equivalente, ma – a priori, una certa ritrosia dell'ordinamento verso il riconoscimento aquiliano dei valori d'uso: questa è l'opinione di parte della dottrina, parte della dottrina la quale ritiene – e il dato può considerarsi una premessa – che il risarcimento per equivalente del danno extracontrattuale non è altro che il valore di mercato del bene danneggiato[653].

Letto così il risarcimento in forma specifica ha spazi di manovra angusti[654] – angusti al punto, secondo alcuni, da vanificarne la ragion d'essere[655] – potrebbe risarcire valori d'uso ma non lo fa se questi superano il costo di scambio, e l'intrinseca coerenza del sistema viene festeggiata da chi ritiene che esiste un – e un solo – danno risarcibile, che non può variare a seconda delle modalità del risarcimento che altro non sono che un

[650] Tra gli altri De Cupis, *Il danno*, cit., 292 ss.; Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., 114 ss., e Navaretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 111.

[651] «Quando ci si chiede […] se con la reintegrazione in forma specifica si possa costituire nel patrimonio del danneggiato un valore maggiore di quello distrutto, si pone uno pseudo problema, la cui soluzione è implicita nella corrispondenza tra danno e risarcimento. Si potrebbe ritenere che simile conclusione, forse rigorosa ove ci si collochi sul terreno del valore di scambio, possa rilevarsi inadeguata dal punto di vista del valore d'uso; perché qualora si intenda ripristinare quest'ultimo è possibile che ricorra un costo superiore al valore di scambio», così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 827, che ricordiamo ritiene i valori d'uso esclusi dalla valutazione del danno extracontrattuale.

[652] Così, Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 41.

[653] Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., spec. 821 nota 56 e 824 ss.; Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 920 ss., c'è da segnalare però che la posizione di Barcellona viene problematizzata (Ibidem, 936) dalla possibile risarcibilità di valori d'uso eccedenti il valore di scambio, laddove questa eccedenza viene ricondotta a *defaillances* del mercato.

[654] Secondo alcuni sintetizzabile nell'addossamento di spese di riparazione impreviste al danneggiato, così Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 646 ss.; Id., *Trattato della responsabilità civile*, cit., 930. contra D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 186 ss. cfr. anche su questa posizione di Barcellona, Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 190 ss.

[655] Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 192; Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 594.

modus (e non un *quantum*[656]) dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria[657]: «se non si dovesse concludere in tal senso si presenterebbe certamente una questione di legittimità, *ex* art. 3 cost., dell'art. 2058, il quale si configurerebbe come norma portante una obbligazione risarcitoria di contenuto economico diverso, che ad arbitrio del danneggiato potrebbe esporre il responsabile ad un costo del risarcimento superiore al costo di quello per equivalente»[658].

Occorre però porre in particolare rilievo quell'elasticità insita nella eccessiva onerosità testualmente richiamata dall'art. 2058 c.c.[659]. Sottolineiamo dunque che ciò che impedisce al giudice di acconsentire al risarcimento in forma specifica non è il maggior costo, meramente algebrico, di questo in rapporto all'equivalente pecuniario – ossia una semplice comparazione tra somme di denaro – ma è *l'eccessivo* maggior costo[660], e la

[656] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 816: «la questione che unicamente può porsi in sede risarcitoria è se la modalità specifica o invece quella per equivalente sia la più conveniente in relazione al danno verificatosi». Nel nostro sistema «nessuno dubita che la riparazione pecuniaria ottenuta in applicazione dell'art. 2058 c.c. sia concettualmente distinta dal risarcimento del danno, sebbene vi sia poi chi ritiene che i due rimedi debbano coincidere nel *quantum*», così Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 164.

[657] «L'alternativa rispetto al risarcimento per equivalente, con la quale il r.f.s. è introdotto dall'art. 2058, non consente del resto di ritenere che diverso sia il danno da risarcire, ma impone invece di pensare al danno come a una lesione giuridica alla quale consegue un ammanco, la quale è tale a prescindere dal mezzo risarcitorio che il danneggiato riterrà di scegliere» così Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 821-822 che prosegue poi (Ibidem, 823, nota 59) affermando «che un sistema, il quale come tale deve essere coerente, possa adottare due nozioni diverse della medesime categoria [ossia, il danno] continuiamo a dubitare» cfr., anche Id., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, cit., 641: «è in sé erroneo pensare al risarcimento in forma specifica quale rimedio direttamente volto a restaurare il godimento. Il risarcimento in forma specifica, infatti, in quanto risarcimento, è modalità di riparazione (conforma bensì alla situazione lesa) del danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria (art. 1223), non del danno ingiusto quale lesione di una situazione soggettiva». Sulla stessa linea v. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 921 ss. e Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., 804 ss. Critico verso tale ricostruzione Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 591, scrive: «questa tesi è in realtà il prodotto di una preoccupazione tutta concettuale, che assume una nozione rigidamente unitaria di danno, come lesione della sfera giuridica», e sulla stessa linea di Salvi v. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 268 e Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 5 che definisce «la migliore dottrina tedesca» quella che ritiene possibile «configurazioni concettuali diverse della nozione di danno risarcibile».

[658] Così, sempre, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 823-824.

[659] Cfr. Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 178; D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 201 ss. v. anche Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 829 che poi, per evitare fraintendimenti scrive che tale elasticità «è però rigorosa come impone una regola di responsabilità che esige la calcolabilità previa del costo del danno».

[660] Cfr. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 344, il quale sottolinea come il 2058 secondo comma «non dice che la reintegrazione specifica è ammissibile solo a parità di costo. Dice che essa dev'essere concessa, sulla domanda di parte, a meno che non sia "eccessivamente onerosa" rispetto all'altra forma di riparazione del danno. In altri termini, il legislatore consente che l'attore imponga al convenuto la sopportazione di una spesa di riparazione superiore a quella che deriverebbe dal normale risarcimento per equivalente; e ciò senza dare al giudice un potere discrezionale di rifiutare il rimedio specifico, se non nei casi in cui esso risulti eccessivamente oneroso».

domanda che occorre porsi è perciò: quand'è che il costo del risarcimento in forma specifica è da considerarsi *eccessivo*?[661]

Sul punto un interessante spunto ricostruttivo viene fornito da quell'autrice che invita a porre nella giusta considerazione il fatto che «a fronte dei numerosi casi in cui la reintegrazione in forma specifica è chiamata a dare manforte alle situazioni di godimento reali e personali del bene immobile, sono rarissime le ipotesi in cui la giurisprudenza, in *subjecta materia*, applica il limite dell'eccessiva onerosità»[662], e alla domanda volta ad indagare su cosa ci sia di così particolare in *subjecta materia*, l'autrice risponde: «laddove il bene mobile è considerato equivalente al suo valore di mercato, il bene immobile è considerato come un bene 'unico', cioè non precisamente monetizzabile nel suo valore»[663]. Lo spunto – simile a considerazioni poste oltreoceano che unificano i destini dei beni immobili, oggetti di antiquariato, beni ereditari, pacchetti azionari di maggioranza di una particolare società ed altro ancora[664] – è interessante soprattutto per un'appendice che l'autrice propone: «in società contrassegnate da una mobilità sociale maggiore della nostra, l'abitudine delle persone a cambiare casa e luogo di residenza tende a cancellare il carattere di unicità tradizionalmente proprio del bene immobile»[665], e con ciò l'autrice sottolinea la "determinazione sociale" del *surplus* d'interesse nei confronti d'un bene. Nel linguaggio che stiamo proponendo, il concetto può essere spiegato nei termini seguenti: i beni immobili hanno un valore d'uso socialmente riconosciuto, che eccede il loro valore di scambio e, dunque, il congegno dell'eccessiva onerosità *ex* 2058 secondo comma ben si presta ad essere lo strumento d'emersione dei valori d'uso riconosciuti, in presenza dei

[661] Segnaliamo qui, incidentalmente, l'esistenza di una costruzione alternativa a quella che si sta per promuovere, la quale vede nel giudizio di eccessiva onerosità uno scudo contro possibili abusi del diritto di promuovere l'azione in forma specifica. Secondo Libertini, *La tutela civile inibitoria*, cit., 344 ss., infatti, in assenza del giudizio di eccessiva onerosità il danneggiato si sarebbe potuto lasciar andare a comportamenti vessatori. In senso contrario Salvi, *La responsabilità civile*, cit., 274: «quello dell'eccessiva onerosità non è […] un generico limite finalizzato a evitare abusi del diritto da parte dell'attore (tanto è vero che la regola non opera nella tutela reale)».

[662] Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 40.

[663] Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 42 ed il concetto viene ribadito a pag. 127.

[664] A. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. Chi. L. Rew, 1978, 351 ss., riportato anche da Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, cit., 521, che evidenzia come la *specific performance* viene concessa a discrezione della corte quante volte abbia ragione di ritenere che il rimedio per equivalente sia inadeguato, e dunque la domanda è: quando il risarcimento per equivalente è inadeguato? E la risposta sembra poter essere, in concordanza a quanto stiamo per sostenere: quando non è in grado di introiettare valori d'uso, non facilmente quantificabili, ma pur sempre socialmente riconosciuti.

[665] Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 42.

quali il risarcimento in forma specifica, se pur più oneroso, non sarà considerato *eccessivamente* più oneroso[666].

Le connessioni con quanto fino ad ora argomentato sul lucro cessante, a questo punto, vengono da sé. Premettendo che il risarcimento del lucro cessante, come già descritto, è il risarcimento di *un* valore d'uso[667], mentre il risarcimento in forma specifica è astrattamente capace di ripristinare l'insieme dei valori d'uso, comprensivi perciò, anche ma non solo, del prezzo d'affezione[668], la logica sottesa al giudizio equitativo nella determinazione del lucro *ex* 2056 secondo comma e la logica sottesa al giudizio di eccessiva onerosità *ex* 2058 secondo comma, possono ricondursi ad una direttrice unitaria – che emerge essere, così, una direttrice generale nella quantificazione del danno aquiliano – descrivibile come l'applicazione una *aestimatio rei* imperfetta, dove l'imperfezione è dovuta a quell'enclave di *id quod interest* rappresentata dal lucro cessante e da quant'altro permette di introiettare nella quantificazione un interesse soggettivo del danneggiato; non può, però, parlarsi di *id quod interest* in senso assoluto poiché l'interesse soggettivo non viene preso in considerazione "senza se e senza ma", ma deve passare al vaglio del riconoscimento sociale.

Certo, questa ricostruzione poggia su una descrizione del 2058 che sembra scontare un'aporia sistematica sul tema del danno non patrimoniale, con quanto previsto dal 2059[669] poiché, di fatto, permette di prendere in considerazione valori non patrimoniali ignorando il filtro a questi, dal codice, assegnato, ma la bonarietà della ricostruzione si

---

[666] Ci sembra di trovare lo stesso argomento in di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 265-266 secondo il quale il risarcimento in forma specifica utilizza «una tecnica che è *ripristinatoria* dei valori o interessi incisi e in ciò seguendo un ordine di valutazione che tende a rispecchiare la propensione soggettiva del danneggiato. Il che naturalmente presuppone, anche in quadro di convenienza sociale ed economica, che sia considerato meritevole di tutela l'interesse del soggetto al ripristino dei valori d'uso alterati».

[667] Ripetiamo che il valore d'uso che interessa al sistema della responsabilità extracontrattuale è dato dalla differenza tra il valore che un singolo dà ad un bene ed il valore – minore, necessariamente – che la comunità di cui il singolo fa parte dà al medesimo bene: il valore d'uso che interessa al diritto della responsabilità è quel valore d'uso che non viene introiettato nel valore di scambio. Uno dei motivi per cui un soggetto dà ad un bene un valore maggiore del valore di mercato del bene stesso è la possibilità di indirizzarlo verso forme di produttività eccentrica (che se frustrate diverranno: lucro cessante), ma questo è per l'appunto uno dei motivi, di motivi ve ne possono essere altri e ciò fa del lucro un – e solo un – valore d'uso.

[668] Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 265.

[669] Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 927. Coerentemente, dunque, Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 237 ss. è portata a ridimensionare la dicotomia danno patrimonile/danno non patrimoniale. V. anche di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 223 secondo il quale «la riparazione del danno in natura, pur avendo nel nostro codice un carattere subordinato rispetto al risarcimento per equivalente, induce […] a pensare che il danno qui riparabile possa anche non avere quel carattere "patrimoniale" che è invece necessario per il risarcimento ove questo debba aver luogo in danaro» e lo stesso di Majo scrive poi (Ibidem, 263): «tanto val dire che il danno non patrimoniale, ove (il risarcimento sia) possibile e non eccessivamente oneroso per il danneggiante, può essere sempre riparato in natura» (corsivi omessi). Cfr. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 170-171 e Stoll, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, cit., 200 ss.

palesa nitida solo a voler considerare che ben prima del "cammino costituzionalmente orientato" del 2059, prima della strutturazione dogmatica del danno biologico, ossia prima che alla salute venisse attribuito un valore in sé, nessuno aveva dubbi sulla risarcibilità delle spese mediche sostenute in conseguenza dell'illecito altrui, spese mediche che altro non sono che una riparazione *ex* 2058, riparazione – a priori, per lo meno all'epoca – eccessivamente onerosa rispetto al suo omologo per equivalente[670], nei limiti in cui si possa sul tema parlare di equivalente.

Al fine di questo studio ciò che doveva emergere dal 2058, è comunque emerso e l'idea – la ripetiamo – è questa: dietro il risarcimento equitativo *ex* 2056 secondo comma vi è la medesima logica del giudizio di eccessiva onerosità *ex* 2058: il sotteso di entrambe è che il valore d'uso d'un bene viene risarcito in proporzione a – quello che abbiamo definito – il suo riconoscimento sociale[671].

Un ultimo appunto. Se la *ratio* di un 2058 che può risarcire valori d'uso esorbitanti il valore di scambio trova un riscontro esterno al di fuori della disciplina del risarcimento in forma specifica e segnatamente all'interno della quantificazione del risarcimento per equivalente, la logica unitaria nella quantificazione del danno trova un indice di salvezza, e l'obiezione di chi vede nella presa in considerazione del valore d'uso nel risarcimento in forma specifica uno sdoppiamento del concetto di danno, «una palese violazione del principio di identità»[672], viene ridotta alla differente presa in considerazione del prezzo d'affezione. La mancata presa in considerazione di quest'ultimo nel normale risarcimento per equivalente, però, può non essere ricondotta al suo presentarsi come valore d'uso, ma al suo essere un danno immateriale, e perciò, ontologicamente, non dimostrabile, non solo per quanto attiene la quantificazione, ma

[670] È evidente che quest'ultimo punto meriterebbe un'analisi ben più pregnante rispetto alle due domande retoriche ora poste, che evitano di scontrarsi sul tema "campale" di che cosa sia, poi, in ultima istanza, questo danno patrimoniale, poiché è appena il caso di ricordare, la risarcibilità delle spese mediche ha sempre aggirato il filtro *ex* 2059 sulla preordinata patrimonialità di queste spese, ma così ragionando, non si spiega proprio perché la spese di recupero da un lago in cui Tizio ha gettato il mio orologio di modico valore (penso ad una squadra di sub che scandaglia il fondale), non possono essere addebitate a Tizio sulla preordinata, ed innegabile, patrimonialità di queste spese, con buona pace del limite dell'eccessiva onerosità del 2058.

[671] È interessante rilevare che l'interpretazione ora fornita è già tra le righe di quanto sostiene Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 660 il quale dopo aver ventilato l'idea che il risarcire il nuovo per il vecchio non è altro che porre alla base della quantificazione il valore d'uso e non il valore di scambio, scrive «ma in tal caso sarà gioco-forza ammettere che per tutte le fattispecie concrete riconducibili all'ipotesi esaminata il potere di conversione del giudice non è altro che un potere di determinazione del risarcimento all'interno della divaricazione tra valore di scambio e valore d'uso, *un potere che necessariamente gli spetta e che è tenuto ad esercitare anche ove tale divaricazione si manifesti nell'ambito di una domanda di risarcimento per equivalente*» (corsivo in originale), e questo è all'incirca, ciò che pensiamo noi, ma non Barcellona che definisce tale ricostruzione "eversiva".

[672] Castronovo, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 925. Cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 925 ss.

anche per ciò che riguarda il suo concreto essersi verificato[673]. In questo quadro, la volontà di destinare la somma percepita a titolo di risarcimento nella riparazione del bene, può considerarsi un indice di danno effettivo, una "materializzazione dell'immateriale"[674] ed in tal senso, per l'ipotesi del risarcimento in forma specifica, il filtro *ex* 2059 perde gran parte della sua rilevanza[675]. Ciò non vuol dire che ogni spesa di riparazione, anche quella esorbitante, può essere "accollata" al danneggiante sul presupposto di una materializzazione del valore d'affezione, poiché anche questo, in quanto valore d'uso sarà risarcito – indirettamente e sottoforma di costi di riparazione – in maniera proporzionale alla sua riconoscibilità.

3.6. Appunti sul principio di *non* integrale riparazione del danno extracontrattuale.

All'interno di uno studio sul risarcimento in forma specifica, un autore evidenzia un bivio interpretativo sottoforma di insanabile contraddizione connessa a quel giudizio di eccessiva onerosità su ci siamo ora soffermati: «o il risarcimento può non essere integrale, e allora non è vero il principio della integralità del risarcimento; ovvero il R.F.S. può superare l'ammontare del risarcimento integrale, e allora non è vero il principio secondo cui il risarcimento non può oltrepassare il danno realmente subito dalla vittima, né dar rilevanza ai valori soggettivi»[676]. Sull'impraticabilità di questa

[673] E dunque ben giustificato è il filtro del 2059 poiché «il pericolo […] di dar credibilità a richieste infondate, quando non ricattatorie […] è effettivo e reale», così Ferri, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore,* cit., 169. Sul rischio frodi nel campo del risarcimento del danno non patrimoniale, v. anche Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 95 e sottolineiamo che proprio la funzione che il danno morale assolve nel sistema statunitense (descritta tra gli altri proprio dallo stesso Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 104), ossia coprire le spese legali, può essere considerata una lampante manifestazione di come l'intangibilità dell'immateriale può prestarsi facilmente a strumentalizzazioni.

[674] Sul punto può essere anche indicativo considerare che, nel panorama tedesco comunque incline a negare un obbligo di destinare la somma percepita a titolo di riparazione, all'effettiva riparazione, potendo poi decidere il danneggiante come disporre della somma; nella specifica ipotesi di danno alla persona tale libertà non è ammessa. Cfr. Stoll, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, cit., 212.

[675] V. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 326, la quale intravede nel danno (patrimoniale) un suggestivo e realistico «secondo filtro di serietà della pretesa» non presente, di converso, nel danno non patrimoniale che dunque si presta – data la sua imponderabilità obbiettiva – a legittimare astrattamente azioni pretestuose

[676] Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 643, che scioglie poi l'insanabile contraddizione discorrendo (Ibidem, 648) di un «*risarcimento integrale del solo danno effettivo oggettivamente apprezzato*» (corsivo in originale) abbinato al, già visto, principio di unitarietà del danno tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica. Il frammento riportato nel testo è presente anche, leggermente modificato in Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 924.

seconda via ci basta segnalare come già il lucro cessante risarcibile, per le argomentazioni finora svolte, è un valore soggettivo[677], nel senso sopra precisato di "danno individuale", di cui l'ordinamento, espressamente, riconosce la rilevanza. Riteniamo per tanto, ma non solo per questo, che il c.d. principio di integrale riparazione del danno – «un principio oramai declamato piuttosto che efficacemente realizzato in tutti i sistemi di responsabilità civile»[678] – è principio la cui portata operativa deve essere ridimensionata[679]. È lo stesso art. 2056 secondo comma, d'altronde, a dirci che il lucro cessante può non essere risarcito integralmente, regola questa che si pone palesemente in contrasto con un principio che vorrebbe l'esatto contrario[680].

La domanda che adesso è scontato porsi ha ad oggetto il perché d'un mancato risarcimento integrale del lucro cessante o più in generale del danno individuale patito in misura superiore rispetto al valore di mercato che al bene viene attribuito, pur sempre nei limiti di quello che abbiamo definito il "riconoscimento" di tale valore[681]. Premettiamo solamente che se veramente il risarcimento dovesse rimettere il danneggiato nella situazione precedente al danno, giocoforza bisognerebbe ammettere il ripristino – anche se solo per equivalente – di tutti i valori d'uso che il soggetto traeva dal bene[682], poiché solo in questo modo il risarcimento è «in grado di neutralizzare gli effetti» del danno[683]. La caratteristica della tutela risarcitoria è invece quella di

---

[677] E non un valore economico oggettivo «sulla base del mercato», come ritiene, Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 644. Certo se affitto un vaso per una contropartita di 2, quel due è un valore quantitativamente oggettivo, e quel contratto d'affitto può considerarsi "il mercato" che conferisce oggettività a quel valore, ma se così fosse (bastando un contratto a fare il mercato) anche l'orologio appartenuto al nonno di Tizio, comprato da quest'ultimo per un valore triplo rispetto al suo valore di mercato, deve considerarsi – paradossalmente – il valore di mercato dell'orologio, conclusione questa disattesa anche da Barcellona laddove scrive (Ibidem, 644) che «dal punto di vista giuridico della disciplina del risarcimento un bene rileva, in linea di massima, non per quel valore che è costato».

[678] Sono parole di Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 175.

[679] Cfr. V. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 176.

[680] Cfr. Salvi, *Risarcimento del danno (voce)*, cit., 1090, nota 27. Chiaramente laddove invece si interpreti il 2056 secondo comma come un surrogato, o un'applicazione, del 1226 il principio di integrale riparazione non viene smentito dal potere di moderazione attribuito, dalla norma, al giudice.

[681] E ricordiamo che il valore di mercato d'un bene è un valore riconosciuto al punto da potersi considerare condiviso.

[682] Un accenno a questa sostanziale sovrapponibilità tra risarcimento del valore d'uso e riparazione integrale del danno può trovarsi nell'appena citato Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 640 che a stretto giro, poi (Ibidem, 641), ridimensiona l'assunto per via della regola che vuole, il valore d'uso, comunque, valutato oggettivamente, ossia con il suo corrispondente valore di scambio. Da queste premesse nasce il bivio interpretativo con cui abbiamo aperto il paragrafo.

[683] Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 264. Cfr. Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 575: «la tutela civile viene modellata intorno all'esigenza di reagire nel modo più adeguato ai fatti che determinano una lesione della sfera giuridica individuale […]. Ottimale sarebbe per tanto il rimedio idoneo a eliminare il fatto lesivo e a porre il danneggiato nella identica situazione nella quale si sarebbe trovato, se il fatto dannoso non si fosse verificato», ed è un peccato – ci permettiamo di dire – che

«restaurare il patrimonio in una proiezione ipotetica che può rivelarsi più o meno distante da quella preesistente al fatto illecito»[684] e la mancata presa in considerazione di ciò che eccede la valutazione collettiva del danno «indica che la sopportazione di tale elemento è lasciata alla vittima, e quindi che è stata presa una decisione sull'imputazione [di tale] costo»[685]. Sulla *ratio* di tale decisione merita la citazione introduttiva Gino Gorla che, in qualche modo ispirandosi a quanto già pacificamente veniva affermato in tema di contratti, a ragione sottolineava come «*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»[686], e non occorre spendere molti argomenti per dimostrare come lo statico buon padre di famiglia non è la tipologia di soggetto auspicata da una società produttivista. Già da queste poche parole emerge un bilanciamento d'interessi compiuto dall'ordinamento tra produttività generale e tutela individuale[687] che si trasforma nell'indicazione di massima che vuole la società capitalistica, tramite il medio del principio liberistico nell'economia, tendenzialmente incompatibile con la proibizione (inibizione) delle attività potenzialmente dannose[688], e di converso consegna alla responsabilità extracontrattuale la funzione di «composizione dell'antinomia tra principio di libertà e principio di conservazione»[689], ma ciò che si può imputare a Gorla è l'aver ricondotto l'intera questione sul fronte esclusivo della causalità, un tema talmente ambiguo ed impalpabile (e forse per questo particolarmente idoneo al prestarsi a strumentalizzazioni[690]) dall'aver indotto il noto sospetto – che è ben più d'un sospetto – che «causation is a peg on which the judge can hang any

---

tale questione non sia stata presa in considerazione da Ferri jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., *passim*.

[684] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 815; cfr. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 169.

[685] Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., 281.

[686] Gorla, *Sulla cosidetta causalità giuridica*, cit., 407, corsivi in originale.

[687] Il rapporto tra (preferenza) del risarcimento per equivalente e «ordinamenti legati ad una economia di mercato», ossia ordinamenti nel testo definiti "produttivisti" è presente anche in di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 169.

[688] Cfr. G.Branca, *Sulla responsabilità oggettiva per danni causati da animali*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 262, nota 32, preso in considerazione anche da Rodotà, *La nuova responsabilità civile*, cit., 68. E vedi anche G. Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, Pol. Dir., 1978, cit., 666, secondo il quale «una società collettivistica pura dovrebbe considerare ogni sistema od ogni attività con potenzialità dannose in un modo che non lascerebbe spazio alcuno alla responsabilità civile», poiché – sintetizziamo con parole meno convincenti dell'originale – ogni attività sarebbe o obbligatoria o vietata, vietata da un sistema penale.

[689] Il virgolettato è tratto da Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit., 395.

[690] Cfr., la nota precedente in cui si riporta l'opinione di Messinetti, aggiungiamo qui che l'operazione di Gorla potrebbe dunque considerarsi l'estensione alla sfera extracontrattuale dell'operazione che Molineo prima e Pothier dopo, hanno compiuto, con la prevedibilità, in ambito contrattuale.

decision he likes»[691]. Più utile è perciò prendere per buona la premessa e correggerne il tiro indirizzandolo (se non elusivamente per lo meno anche) verso il danno inteso come quantificazione dell'interesse[692] e sul punto non si può prescindere dall'insegnamento – che «ha fatto epoca»[693] – di Calabresi e Melamed[694] i quali tramite il noto mutamento prospettico nella descrizione della "cattedrale", illuminarono la «verità controintuitiva, ma palese»[695] che, premessa la summa distinzione tra *property rules* e *liability rules*, le seconde intervengono, al contrario delle prime, non per vietare un comportamento ma per ammetterlo[696], seppur contestualmente al pagamento di una controprestazione[697] –

[691] Hart e Honorè, *Causation in the law*[2], cit., 465, cui aggiungiamo qui la convincente critica di Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 14 secondo il quale «non è necessario richiamare trattati di logica o filosofia della scienza, né far riferimento a sottili disquisizioni sullo stato ontologico o logico della causalità per convincersi della sostanziale inconsistenza delle indicazioni "pratiche" che così [con la causalità] si pensa di fornire a chi è chiamato a fare un qualche uso di questa disposizione normativa […] Non è chi non veda come quelli di regolarità, tipicità, eccezionalità, ecc. siano tutti concetti equivalenti, soprattutto concetti che si equivalgono quanto alle indicazioni operative che da essi è possibile ricavare: praticamente nessuna».

[692] L'idea di Carnelutti, *Perseverare diabolicum*, cit., 99 ss. – esposta come critica a Gorla – secondo cui il criterio limitativo del danno trova la sua applicazione non in sede causale ma di valutazione degli interessi, ci sembra – fatte le dovute contestualizzazione – rispondere grossomodo a quanto fin qui sostenuto, salvo per il porre direttamente, Carnelutti, una questione di quantificazione.

[693] Sono parole di Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, cit., 515.

[694] G. Calabresi A. D. Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, Harvard law review, 1972, 1089 ss. Cogliamo qui l'occasione per evidenziare come la premessa del nuovo punto di vista sulla "cattedrale" è ben individuabile in Calabresi, *Il costo degli incidenti e la responsabilità civile*, cit., dove il nucleo della "cattedrale" appare già in forma embrionale (Ibidem, 268), proprio disquisendo di prezzo d'affezione. Abbiamo già sintetizzato alcuni passaggi dello studio occupandoci di prevedibilità e lucro cessante (capitolo 1, paragrafo 4) e a questi rinviamo, ripetendo qui soltanto che ponendo, come fa Calabresi, la centralità nel ragionamento del costo collettivo del danno, ed includendo in questo anche i costi di prevenzione, si arriva a dare alla prevedibilità del danno (prevedibilità incompatibile con i valori d'uso individuali), o meglio del *quantum* del danno, il ruolo di delimitazione del danno imputabile, e di contro, la linea di confine oltre cui un danno deve rimanere al danneggiato, poiché se i costi di precauzione sono maggiori dei costi del danno, o dei danni, che tale precauzione voleva scongiurare, il sistema è inefficiente poiché il sovrappiù di tutela, in un certo senso sprecata, è una perdita secca d'utilità, ben investibile altrove. Lo statico buon padre di famiglia nominato da Gorla, in quest'ottica, altro non è che un individuo che sovratutelandosi finisce, con la sua inerzia non dannosa, con il danneggiare la società, libero egli di farlo, ma di certo non sarà l'ordinamento ad incentivarlo.

[695] Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 321.

[696] Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 18 e 93 dove può leggersi di attività «giuridicamente *possibili* (anche se *illecite*)», corsivi in originale ; cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 321 e segnaliamo che lo stesso Monateri (Ibidem, 316) ritiene che «la responsabilità civile permette l'espletamento di più attività configgenti, allocando ad un soggetto l'obbligo di pagare i costi indotti dalla sua azione». V. anche Marini, *La responsabilità civile*, Gli anni settanta del diritto privato, cit., 280. Secondo Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 276 l'idea di fondo della griglia di Calabresi e Melamed «è quella di vedere nel tort non un *wrong* da rettificare, ma un *private taking*» corsivi in originale. Specifichiamo che a prendere senza discernimento quanto ora sostenuto, mettendo a confronto l'azione di rivendicazione ed il risarcimento del danno, si arriverebbe alla strana conclusione che sottrarre un bene non si può fare, mentre distruggerlo si. Per rendere meno assurda tale conclusione occorre premettere il dato significativo che in caso di sottrazione d'un bene, al contrario di ciò che avviene con la distruzione del bene stesso, colui che si prende il bene si arricchisce, ed è questo particolare che aggrava la posizione di chi subisce un azione di rivendicazione, ed è questo particolare che può far apparire meno strana la conclusione che sottrarre un bene non si può fare, distruggerlo si.

non concordata, è appena il caso di evidenziare – che assume le sembianze di risarcimento[698]. In altre parole la società, e dunque l'ordinamento, non vuole che i danni non si verifichino in senso assoluto, la società accetta un determinato livello di incidenti[699] – accetta dei «danni che *devono* accadere»[700] – e in questa accettazione è insito un sacrificio per il danneggiato[701], sacrificio che lo stesso Calabresi definirebbe un "dono dello spirito maligno"[702], ossia, grossomodo, l'occasionale peso individuale del programmato benessere collettivo. Nella distinzione tra regole proprietarie e regole di responsabilità questo sacrificio è ben rappresentato dall'interesse *singulare*, ossia il valore d'uso extramercato che un soggetto attribuisce ad un bene[703], e qualcosa di analogo ci sembra di poter riscontrare nell'autore nostrano, che pur non prendendo le mosse dalla griglia di Calabresi e Melamed, arriva alla medesima conclusione ora formulata laddove individua nella valutazione del danno – definita dallo stesso autore ipotetica, per marcare la distanza dall'effettiva situazione soggettiva del danneggiato – il vero discrimine tra la tutela risarcitoria, da un lato, e le misure restitutorie e di esecuzione coattiva, dall'altro lato[704].

---

[697] Le regole della responsabilità civile «consentono di compiere azioni quando non è possibile ricorrere ad un comportamento negoziale, prima che il danno avvenga. Il risarcimento del danno, una volta che questo è accaduto, si sostituisce agli accordi impossibili», così sempre Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, cit., 672.

[698] «Per effetto di una regola di proprietà, il godimento di un bene o di una utilità […] è assicurato in forma incondizionata al soggetto, nel senso che nessuno potrà contrastare quel godimento senza la volontà di esso. Per effetto invece di una regola di responsabilità quel godimento non viene assicurato allo stesso modo, nella misura in cui chiunque voglia appropriarsi di quel bene od utilità o comunque contrastarne l'appartenenza può farlo ma deve sopportarne il costo, addossandosi il peso del danno subito dal soggetto tutelato», così di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 17 e 92-93.

[699] Scrivono, E. Baffi – D. Nardi, *Colpa e livelli di attività: il contributo della Law and Economics*, Riv. crit. dir. priv., 2014, 141: «l'obbiettivo […] non può essere semplicemente quello di minimizzare i costi sociali nascenti dagli incidenti, quanto quello di massimizzare la differenza tra l'utilità che si ricava da siffatte attività e i costi sociali».

[700] Il virgolettato è di Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 21.

[701] V. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 176: «il danno derivante da un fatto illecito è interno a dinamiche ove avvertita è l'influenza della "complessità sociale" la quale […] può legittimare temperamenti al principio dell'integrale riparazione del danno».

[702] Cfr., Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., passim.

[703] Cfr., Marella, *La riparazione in forma specifica*, cit., 175 che in senso analogo a quanto affermato nel testo scrive che una delle grandi innovazioni dell'approccio rimediale à la Calabresi consiste nella relativizzazione, nel ridimensionamento del principio del tutto-o-nulla, cioè della riparazione integrale del danno: «da uno studio analitico della tutela risarcitoria emerge infatti chiaramente [e il passaggio è già stato riportato nel testo] che si tratta di un principio oramai declamato piuttosto che efficacemente realizzato in tutti i sistemi di responsabilità civile, i cui meccanismi portano a distribuire le perdite fra danneggiante e danneggiato piuttosto che ad allocare realmente il peso (integrale) del danno sull'uno o sull'altro», in altre parole, per citare l'appena richiamato Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., 267 «lo scopo della prevenzione generale non è un'adeguata compensazione delle vittime particolari, ma un'adeguata valutazione delle categorie di costi infortunistici, sì da consentire un'opportuna politica di mercato relativamente alle attività causa dei costi stessi».

[704] Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 818

Occorre infatti premettere che la regola proprietaria, ossia quella regola che impone l'accordo del titolare per la perdita del bene, è una regola in sé idonea ad introiettare nella contropartita tutto il valore d'uso che il soggetto dal bene traeva, poiché per una somma inferiore alla quantificazione di questo valore d'uso, il soggetto/venditore non sarebbe disposto a liberarsi del bene[705]. Logico corollario è che laddove il risarcimento viene strutturato sulla totalità dell'interesse individuale, ossia laddove il danneggiato viene realmente posto nel preciso punto della sua curva d'indifferenza tra il non essere danneggiato e l'essere danneggiato si, ma risarcito[706]: questo risarcimento, che continuerà a chiamarsi risarcimento, assumerà la portata concreta dell'applicazione di una regola di proprietà[707]. Di contro la regola di risarcimento, perlomeno nello schema di Calabresi e Melamed, impone il disinteresse per le utilità individuali che il singolo può trarre dal bene[708], se non altro perche se così non fosse verrebbe meno la logica di "scambio coattivo" considerata sottesa alla regola di responsabilità[709] che può, in questo quadro, essere definita come «una regola di circolazione alternativa a quella fondata sul consenso contrattuale»[710], la quale tramite la conversione della situazione soggettiva

[705] Cfr. Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 169 che definisce la regola di proprietà come la regola che porta ad una riparazione «in base ad una valutazione più prossima a quella soggettiva del titolare del diritto». Ciò non toglie che il venditore si possa liberare del bene in presenza d'un valore di scambio di molto superiore alla quantificazione del suo valore d'uso non appena trovi un compratore che nel bene rinvenga un surplus di valore d'uso, come abbiamo appena descritto nell'esempio dell'orologio.

[706] Chiaramente questo punto è difficilmente determinabile *ex post* laddove il valore d'uso, ossia la divergenza tra valutazione individuale e valutazione di mercato, poggia su interessi non patrimoniali.

[707] Il punto è chiaro in Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 141 che pone in risalto come «il quantum del danno, o meglio la distanza, per eccesso o difetto, dalla corretta valutazione delle conseguenze patrimoniali dell'illecito qualifica la tutela in termini di *property* o *liability rule*, al di là della tecnica formalmente adottata». Cfr. anche Smorto, *Il danno da inadempimento*, cit., 233: «una *property rule* […] ben può consistere nell'obbligo di corrispondere una somma di denaro alla vittima. Ma, in conformità con il carattere deterrente del rimedio, tale somma dovrà essere superiore a quella cui si farebbe ricorso in caso di *liability rule*. In altre parole, se obbiettivo della *property rule* è quello di scoraggiare *taking* non consensuali dell'altrui diritto, è possibile ottenere tale risultato attraverso la minaccia di pagare alte somme di denaro, sganciate dalla reale entità del danno inflitto al titolare del diritto conteso». Dissentiamo in parte da quest'ultimo spunto che lascia intravedere in penombra i c.d. danni punitivi e possiamo dirci d'accordo con l'autore solo dove quella «reale entità del danno» viene considerato sinonimo di valore di mercato.

[708] «Riferita alla proprietà, una *liability rule* fa correre al proprietario di gusci di lumache il rischio che il loro valore sia sottovalutato», così Gambaro, *L'analisi economica la ricerca della logica proprietaria*, cit., 242 ed evidenziamo una certa sovrapponibilità di vedute tra quanto ora affermato nel testo e quanto riportato da Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 815-816 secondo il quale alla valutazione del danno «non interessa la singola situazione soggettiva ma il patrimonio del quale essa fa parte».

[709] Già Mandrioli, *Risarcimento del danno in forma specifica*, cit., 360, parlava di risarcimento come scambio ed anche in Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, 642; Id., Trattato della responsabilità civile, cit., 924, può trovarsi «scambio coattivo» nella descrizione della responsabilità. Il punto interessante è che sia Mandioli, sia Barcellona, pur in assenza delle argomentazioni di Calabresi e Melamed sulla liceità del danno, arrivano alla medesima conclusione che il risarcimento non si occupa dei valori d'uso (Mandrioli) o se occupa si, ma nei limiti dei valori di scambio (Barcellona).

[710] Così Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 276.

reale in diritto di credito, estromette dal mondo quei valori d'uso non riconoscibili[711]. Quanto descritto non è altro che il precipitato del fatto che «il conflitto risolto attraverso regole di responsabilità è governato in definitiva dagli organi dello Stato secondo criteri da essi prescelti mentre quello risolto attraverso regole proprietarie è governato dallo stesso interessato»[712] ed il punto nevralgico che qui si vuole porre in rilievo, sommando a quanto detto ora a quanto detto poco sopra, è dunque che il risarcimento si pone come una regola di proprietà laddove vi sia quello che abbiamo definito il riconoscimento sociale del valore d'uso dell'oggetto del diritto di proprietà, e la sfumatura tra regola di proprietà e regola di responsabilità non è nient'altro che la sfumatura della generalizzazione nella valutazione economica di un bene che abbiamo ritenuto di poter riscontrare nel 2056 secondo comma e nel giudizio di eccessiva onerosità del 2058 e dunque – si può concludere capovolgendo i termini della questione – le buone ragioni che inducono a sacrificare (parte del) l'interesse individuale che il soggetto ripone nei confronti di un bene sull'altare del dinamismo socioeconomico, indietreggiano proporzionalmente alla quantificazione collettiva del danno, o meglio alla sua valutazione sociale[713].

---

[711] Cfr. Ferri jr, *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, cit., spec. 789-790, che parla di valori di scambio e non di valori d'uso riconosciuti.

[712] Così di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 114.

[713] Si può dunque ipotizzare un sotteso a quel vero e proprio accanimento retorico sul c.d. principio di integrale riparazione del danno non patrimoniale e in particolare del danno alla persona, accanimento assurdo se si condivide la contraddizione rilevata da chi trova impossibile un riparazione integrale di ciò che non ha parametri ontologici di valutazione (Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59; Id., *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, cit., spec., 524 ss.), accanimento condivisibile – ma forse ingenuo (v. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 11) – se l'intento è quello di "far indietreggiare" il produttivismo rispetto alla persona. Sul rapporto tra danno alla persona e principio di integrale riparazione v. anche Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 190 che condivide le riserve appena menzionate sull'effettiva efficacia del principio in questione dinnanzi a al danno alla persona ma prende comunque in considerazione l'idea che il principio possa esprimere un significato diverso a seconda del contesto in cui si trova ad agire e dopo aver messo a confronto la sentenza Cass. 7 giugno 2011, n. 12408 – Il cui obbiettivo è uniformare su scala nazionale la valutazione quantitativa del danno biologico tramite l'applicazione generalizzata delle c.d. tabelle del Tribunale di Milano – e la sentenza Cass. 30 giugno 2011, n. 14402 – volta a valorizzare quella personalizzazione del danno non patrimoniale, cara anche alle S.U. del 2008, che comporta logicamente un allontanamento da quell'uniformità che l'applicazione delle tabelle (che pur prevedono la possibilità di personalizzazione, ma la limitano a percentuali massime di aumento) garantirebbe – conclude scrivendo che nelle due decisioni il principio di integrale riparazione «certamente non [è] apprezzato allo stesso modo» (Ibidem, 2020). Fondata appare poi l'idea che in questo principio di integrale riparazione del danno alla persona si nasconda null'altro che la ritrosia nell'accettare che l'individuo possa essere inquadrato in un listino uniformante di valori economici, che non solo appaiono come indignitosi mercuriali (cfr. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 918), ma addirittura assegnano a tutti lo stesso "prezzo", cosa che a dire il vero sembrerebbe coerente con la spinta egalitaria da cui prese le mosse il cammino del danno biologico (cfr. tra gli altri: S. Rodotà, *Una sentenza classista*, Pol dir.,1971, 435).

Bibliografia.

M. Abrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.

G. Alpa, La responsabilità civile, Milano, 1999.

E. Baffi, *Responsabilità extracontrattuale: il livello eccessivo di precauzioni*, Danno e resp., 2012.

D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1949.

M. Barcellona, *Danno risarcibile e funzione della responsabilità*, Milano, 1972.

M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico, Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980.

M. Barcellona, *Diritto sistema e senso, Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno,* Eur. dir. priv., 2000.

M. Barcellona, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, Riv. crit. dir. priv., 2004.

M. Barcellona, Chance *e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, Eur. dir. priv., 2011.

M. Barcellona, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Napoli, 1989.

M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011.

M. Barni, *Dalla valorizzazione scientifica alla vaporizzazione giurisprudenziale del nesso causale*, Riv. it. Med. Leg., 1995.

L. Bellini, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 c.c.*, Riv. dir. comm., 1954.

A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, Riv. dir. civ., 2006.

E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.

E. Betti, “*Id quod interest*”, Nov. dig. It, VIII, 1957.

C.M. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979.

L. Bigazzi Geri, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, Riv. dir. crit. priv., 1996.

M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a “due dimensioni di analisi”*, Corr. giur., 2008.

L. Bove, *Danno (diritto romano),* Noviss. Dig. It. Torino, 1960.

U. Breccia, *Le obbligazioni*, tratt. Iudica-Patti, Milano, 1991.

B. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, Padova, 1910.

F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, Jus, 1976.

F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, Eur. dir. priv., 2009.

F.D. Busnelli, *La dottrina delle corti e il risarcimento del danno alla persona*, Danno e resp. 2014.

F.D. Busnelli – S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.

C.A Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1966.

G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economica-giuridica*, trad. it., Milano, 1975.

G. Calabresi - A.D. Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, Harvard law review, 1972.

G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, trad. it. 1996, Milano.

G. Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, Pol. Dir., 1978.

P. Calamandrei, *La condanna «generica» ai danni*, Riv. dir. proc. civ., 1933.

M. Capecchi, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005.

V. Carbone, *Nesso di causalità e criteri di valutazione del danno contrattuale*, Il rapporto obbligatorio, Diritto civile, dir. N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009.

J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, Les Obligations, Paris, 2000.

F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni,* Studi di diritto civile, Roma, 1916.

F. Carnelutti, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, Riv. dir. comm., 1923.

F. Carnelutti, *Perseverare diabolicum*, Foro it., 1952.

C. Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, Le operazioni bancarie, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978.

C. Castronovo., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1989.

C. Castronovo, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Napoli, 1989.

C. Castronovo, *Danno biologico, Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, Eur. dir. priv., 1999.

C. Castronovo, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, Eur dir priv., 2004.

C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

C. Castronovo, *Il risarcimento del danno,* Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?, Atti del convegno per il cinquantenario della rivista di diritto civile, Padova, 2006.

C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, Eur. dir. priv., 2008.

C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Eur. dir. priv., 2008.

C. Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, Eur. dir priv., 2010.

C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino,1976.

P. Cendon, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di G.Visintini, Milano, 1984.

G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale (aquiliana)*, Torino, 1887.

G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.

J.R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981.

N. Coviello jr., *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, Riv dir civ., 1935.

G. Crifò, *Danno (storia)*, End dir., XI, Milano, 1962.

F. Criscuolo, *La risarcibilità dei danni imprevedibili: tra nesso di causalità e quantificazione del pregiudizio*, Studi in onore di Nicolò Lipari, Milano, 2008.

M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010.

A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica, Oggetto e funzioni*, Padova, 2002.

A. D'Adda, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei Principi Acquis*, Riv. dir. civ., 2009.

A. De Cupis, *Dei fatti illeciti*, Delle obbligazioni art. 1992-2059, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1957.

A. De Cupis, *Risarcibilità del c.d. danno da fermo*, Foro it., 1958.

A. De Cupis, *Il problema giuridico del* «quantum respondeatur», Riv. dir. civ., 1967.

A. De Cupis, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966.

M. De Giorgi, *Danno, Teoria generale*, Enc. giur., Vol. X, 1988.

M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013.

G. De Nova, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno* ex *art. 2043*, Resp. civ. prev., 2014.

V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999.

A. di Majo, *Obbligazioni pecuniarie*, Enc. dir., XXIX, Milano, 1979.

A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988.

A. di Majo., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

A. di Majo, *Tutela risarcitoria alla ricerca di una tipologia*, Riv. dir. civ., 2005.

A. di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007.

A. di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, Eur. dir. priv, 2008.

A. di Majo, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.

A. di Majo, *La responsabilità civile tra fattispecie e rimedi*, Liber amicorum per Angelo Luminoso, II, Milano, 2013.

A. di Majo, *L'adempimento «in natura» quale rimedio (in margine a un libro recente),* Eur. dir. priv., 2012.

A. di Majo, *Una* new age *per le tutele contrattuali?*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012.

G.B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990.

G.B. Ferri, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore, Due saggi di diritto civile*, Padova, 2003.

G. Ferri Jr, *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, Riv. dir. comm., 1992.

F. Ferrari, *Hadley v. Baxendale la prevedibilità dell'art. 74 CISG*, Trattato della responsabilità contrattuale, III, dir. G. Visintini, Padova, 2009.

C. Ferrini, *Danni (azione di)*, Enc. giur., IV, 1911.

P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960.

P. Forchielli, *L'art. 1223 cod. civ. e una pretesa distinzione tra danni eventi e danni conseguenze*, Studi in onore di L. Mossa, Padova, 1961.

M. Franzoni, *L'illecito*, Milano 2004.

M. Franzoni, *La* chance, *il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, Contr. imp., 2009.

M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, Milano 2010.

C.F. Gabba, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, Nuove quistioni di diritto civile, Milano-Torino-Roma, 1912.

F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993.

N. Galgano, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di* chance *e risarcimento del danno*, Danno e resp., 2009.

A. Gambaro, *L'analisi economica la ricerca della logica proprietaria*, Riv. crit. dir. priv., 1996.

V. Geri, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, Resp. civ. prev., 1983.

F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione ancora attuale?*, Riv.crit. dir. priv.,1987

M. Gioja, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento e relative basi di stima avanti ai tribunali civili*, Lugano, 1833

G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze 1924.

G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1926.

M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)*, Noviss. dig., XI, 1965.

M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975.

E. Giusiana, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944.

A. Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008.

A. Gnani, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, Danno e resp., 2001.

G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, Riv. dir. comm., 1951.

A. Graziani, *Appunti sul lucro cessante*, Scritti in memoria di Francesco Innamorati, Perugia, 1932.

P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma,1981.

G. Grisi, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, Studi in onore di Davide Messinetti, v.II., Napoli, 2009.

G. Grisi, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, I contratti, 2010.

G. Grisi, *La liquidazione equitativa del danno*, Foro it., 2011.

G. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, Le tutele contrattuali, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012.

G. Grisi, *Sub art. 1223*, Commentario del codice civile, Delle obbligazioni, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2013.

G. Grisi, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, Contratto e imp., 2014.

M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Berna, 2012.

M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Napoli, 1989.

M.F. lo Moro Biglia, *Il risarcimento della* chance *frustrata, un itinerario incrementale*, Napoli, 2006.

M. Lupoi, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.

D. Mandrioli, *Risarcimento in forma specifica*, Riv. dir. comm., 1922.

M.R. Marella-G. Marini, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, Riv. crit. dir. priv., 1999.

M. R. Marella. *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000.

M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, Trattato della responsabilità contrattuale, III, dir. G. Visintini, Padova, 2009.

G. Marini, *La responsabilità civile*, Gli anni settanta del diritto privato, A cura di L. Nivarra, Milano, 2008.

F. Mastropaolo, *Danno, Risarcimento del danno*, Enc. giur., vol X, 1988.

S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2010.

S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012.

S. Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2014.

S. Mazzamuto – A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012

A, Menger, *Il diritto civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'Impero germanico*, Trad it., Torino, 1984.

L. Mengoni, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, Temi, 1946, 566 ss., ed ora in Scritti, II, Obbligazioni e negozio, Milano, 2011.

L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, Jus, 1986.

L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988.

L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. Dir, XXXIX, Milano, 1988.

L. Mengoni, *Intervento*, Processo e tecniche di attuazioni di diritti, Napoli, 1989.

L. Mengoni, *Autonomia negoziale e responsabilità civile negli scritti di Renato Scognamiglio*, Riv. dir. priv., 1997.

D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, Enc. dir. XXXIII, Milano, 1983.

D. Messinetti, *Danno giuridico*, Enc. dir., aggiornamento, I, Milano, 1997.

A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1917.

P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto civile, diretto da R.Sacco, Torino, 1998.

P.G. Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001.

A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, Eur. dir. priv., 2010.

A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013.

A. Montanari, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, Il danno contrattuale, Bologna, 2014.

T. Mosca, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896.

C. Nani, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canonistiche*, Arch. Giur., 1876.

C. Napoleoni, *Valore*, Milano, 1976.

E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

L. Nivarra, *I rimedi specifici, le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012.

L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2014.

M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008.

R. Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Napoli, 1989.

R. Pardolesi, *I rimedi*, Lezioni sul contratto, Torino, 2009.

S. Patti, *Danno patrimoniale*, Dig. disc. priv., V, Torino, 1989.

F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.

F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2011.

A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 74.

V. Polaccco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma 1915.

D. Poletti, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, Diritto civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009.

G. Ponzanelli, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi un ritorno alla deterrenza*, Nuova giur. civ. comm., 2006.

R.J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, Napoli, 1819.

A.M. Princigalli, *Perdita di una* chance *e risarcimento danno risarcibile*, Riv cri dir priv., 1985.

R. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007.

F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.

F. Realmonte, *Responsabilità da inadempimento*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1986.

P. Remy, *La «responsabilità contractuelle»: historie d'un faux concept*, Rev. trim. dro. civ., 1997.

P. Rescigno, *Valutazione equitativa: profili comuni*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di Visintini, Milano, 1984.

N. Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, Riv. dir. civ., 2010.

S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

C. Romeo, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, Resp. civ. prev., 2004.

N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

V. Roppo, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale». Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, Resp. civ. prev., 2014.

M. Rossetti, *Il danno da perdita di* chance, Riv. circ. trasp., 2000.

D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

D. Rubino, *La vendita*, Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1971.

M.L. Ruffini, *Il concorso di colpa e il caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano* Riv. dir. comm., 1954.

M.L. Ruffini Gandolfi, *Concausa non imputabile e determinazione del* quantum *di responsabilità: il percorso giurisprudenziale*, Danno e resp., 2014.

R. Sacco, *Le contrat inexecuté. Conference introductive*, Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, Torino, 1999.

C. Salvi, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.

C. Salvi, *Il risarcimento in forma specifica*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Napoli, 1989.

C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005.

C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, Eur. dir. priv., 2014.

M. Sechi, *Teorie del valore, la teoria del costo di produzione e la teoria della domanda e dell'offerta*, Milano, 1993.

P. Schlesinger, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, Jus, 1960.

C. Scognamiglio, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, Trattato della responsabilità contrattuale, III, dir. G. Visintini, Padova, 2009.

R. Scognamiglio, *Fatto illecito e fattispecie complessa*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1954.

R. Scognamiglio, *Illecito* (voce), Noviss. dig. it., VII, Torino, 1962, 171.

R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

F. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868.

G.Smorto, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

G.Smorto, *I criteri di determinazione del danno*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per Adolfo di Majo, Napoli, 2012.

G. Spoto, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.

F. Stella, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2005.

H. Stoll, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, Annuario di diritto tedesco 2001, Milano, 2002.

M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, Riv. crit. dir. priv., 2006.

G. Tedeschi, *Il danno e il momento della sua determinazione*, Riv. dir. priv., 1933.

A. Trabucchi, *La stima dei beni e criteri legali di valutazione*, Scritti giuridici in onore della Cedam, Padova, 1953.

G. Travaglino, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012.

R. Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, Firenze, 1922.

P. Trimarchi, *Condizione* sine qua non, *causalità alternativa ipotetica e danno*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1964.

P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, Riv. trim. proc. civ., 1970.

P. Trimarchi, *Causalità giuridica e danno*, Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, Milano, 1984.

P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, Riv. dir. civ., 2002.

P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 111.

E. Tuccari, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, NGCC, 2012.

C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Riv. crit. dir. priv., 1987.

G. Valcavi, *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*, Foro it., 1990.

G. Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, Riv. dir. civ., 2001.

F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960.

G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005.

G. Valditara, *Superamento dell'*aestimatio rei *nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai* non domini, Milano, 1992.

G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Studi sulle obbligazioni, I, Roma, 1918.

A. Verga, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli, Padova, 1939.

G. Visentini, *Responsabilità contrattuale ed extra contrattuale*, Enc. giur., XXVI, Roma, 1991.

G. Visintini, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, Cont. imp., 2004.

G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.

P. Ziviz, *La sindrome del vampiro*, Giur. it., 2007.